

Der Mäklerlohn – Voraussetzungen und Bemessung

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
WERNER SCHWEIGER
von Suhr AG

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Anton Heini

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

1906



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507225_0060

Der Mäklerlohn – Voraussetzungen und Bemessung

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
WERNER SCHWEIGER
von Suhr AG

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Anton Heini

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 28. Mai 1986

Der Dekan:
Prof. Dr. Claudio Soliva

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Band 90 der Reihe
Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht,
herausgegeben von Prof. Dr. Peter Forstmoser.

Meinen Eltern und Susanne

Zu Dank verpflichtet bin ich meiner lieben Frau für ihr Verständnis und ihre aufopfernde Mithilfe bei der Erstellung eines druckreifen Manuskriptes, Herrn Prof. Dr. A. Heini für die akademische Freiheit, die er mir bei der Bearbeitung des Themas gewährte, sowie allen Behörden und Verbänden, deren Vertreter mit mündlichen und schriftlichen Auskünften zur Verbreiterung der Basis dieser Arbeit beigetragen haben.

INHALTSUEBERSICHT

Inhaltsverzeichnis	VII
Literaturverzeichnis	XIII
Quellen	XXI
Abkürzungen	XXVII
1. TEIL: <u>VORAUSSETZUNGEN</u>	1
A. Einleitung	1
I. Der Makler	1
II. Der Maklerlohn	16
B. Anwendbarkeit des Maklervertragsrechts	20
I. Maklervertrag nach Art. 412 OR	20
II. Abschlussprobleme	33
III. Formularverträge und AGB	42
IV. "Abwälzen" der Provisionszahlung auf den Nichtauftraggeber (Maklervergütung ausserhalb von OR 412ff)	49
C. Entschädigung in Form von Aufwendungsersatz	54
D. Erfolgsprovision	65
I. Gesetzliche Provisionsvoraussetzungen	65
II. Parteiabreden	122
2. TEIL: <u>BEMESSUNG</u>	197
A. Bestimmung aufgrund gesetzlicher Vorschriften	197
I. Art. 414 OR (Festsetzung)	197
II. Zwingende kantonale rechtliche Bestimmungen	208
B. Korrektur durch den Richter	
I. Art. 417 OR (Herabsetzung)	225

INHALTSVERZEICHNIS

1. TEIL: <u>VORAUSSETZUNGEN</u>	1
A. Einleitung	1
I. Der Mäkler	1
1. Begriff und Arten	1
1.1. Begriff	1
1.2. Arten	2
2. Funktion	8
3. Bedeutung und Organisation des Mäklerwesens	10
3.1. Bedeutung	10
3.2. Organisation	11
4. Anlass und Problemstellung dieser Arbeit	12
II. Der Mäklerlohn	16
1. Uebersicht	16
2. Zum Begriff des Mäklerlohns im OR	19
B. Anwendbarkeit des Mäklervertragsrechts	20
I. Mäklervertrag nach Art. 412 OR	20
1. Systematische Eingliederung	20
2. Rechtsnatur	21
3. Essentialia (objektiv wesentliche Vertragspunkte)	23
3.1. Vorbemerkung	23
3.2. Art. 412 Abs. 1 OR	24
3.2.1. Nachweis- oder Vermittlungsauftrag	24
3.2.2. Entgeltlichkeit	27
3.2.3. Erfolgsbedingtheit als Essentialia?	28
4. Exkurs: Telefonvermittlergeschäft	30
II. Abschlussprobleme	33
1. Schriftform?	33
2. Zudringlichkeit als Problem?	35

3.	Antrag auf Abschluss eines Mäklervertrags	36
3.1.	Antrag durch den Mäkler	36
3.1.1.	Stillschweigender (konkludenter) Antrag im Allgemeinen	36
3.1.2.	Inserat als Antrag?	39
3.2.	Antrag durch den Auftraggeber	40
III.	Formularverträge und AGB	42
1.	Allgemeines	42
2.	Gültigkeit	42
3.	Die Ungewöhnlichkeitsregel	45
3.1.	Im Allgemeinen	45
3.2.	Im Mäklervertragsrecht	47
IV.	"Abwälzen" der Provisionszahlung auf den Nichtauftraggeber (Mäklervergütung ausserhalb von OR 412ff)	49
1.	Allgemeines	49
2.	Schuldübernahme	51
3.	Vertrag zugunsten Dritter	52
C.	Entschädigung in Form von Aufwendungsersatz	54
1.	Allgemeines	54
2.	Vereinbarung	58
3.	Umfang	60
4.	Ausservertragliche Aufwendungen	63
D.	Erfolgsprovision	65
I.	Gesetzliche Provisionsvoraussetzungen	65
1.	Mäklertätigkeit	65
1.1.	Allgemeines	65
1.2.	Vertragsgemässe Tätigkeit; Bedeutung der Unterscheidung Nachweis - Vermittlung	66
1.3.	Zweifelsfälle	70
1.4.	Tätigkeit aufgrund von Weisungen	73
1.5.	Verzicht auf das Tätigkeitserfordernis	74
1.6.	Persönliche Tätigkeit (Untermäkler)	74

1.7.	Kenntnis der Mäklertätigkeit als Provisionsvoraussetzung?	77
2.	Kausalität	81
2.1.	Nachweistätigkeit	81
2.2.	Vermittlungstätigkeit	84
2.3.	Unterbrechung des Kausalzusammenhangs?	86
2.4.	Indirekte Vermittlung	90
3.	Abschluss des Hauptvertrags ("Erfolg")	93
3.1.	Abschlussfreiheit	93
3.2.	Anforderungen an den geschlossenen Vertrag	96
3.2.1.	Allgemeines	96
3.2.2.	Art des Vertrags (rechtliche Ausgestaltung)	99
3.2.3.	Vertragsobjekt	101
3.2.4.	Vertragswert (Mindestpreislimate)	103
3.2.5.	Abweichung hinsichtlich der Hauptvertragspartner	105
3.3.	Unvollkommener oder fehlerhafter Hauptvertrag	107
3.3.1.	Nichtigkeit	107
3.3.2.	Unverbindlichkeit	109
3.3.3.	Bedingter oder belasteter Hauptvertrag	112
3.4.	Nichterfüllung	113
3.4.1.	Im Allgemeinen	113
3.4.2.	Insolvenz des Hauptvertragspartners	116
II.	Parteiabreden	122
1.	Allgemeines	122
2.	Abreden in Bezug auf die Tätigkeit des Mäklers	125
2.1.	Bedeutung	125
2.2.	Vorkenntnisklausel	127
2.2.1.	Problem	127
2.2.2.	Sinn und Zweck	128
2.2.3.	Zulässigkeit	131
3.	Abreden in Bezug auf das Erfordernis der Kausalität	132
3.1.	"Ausdehnung" der Kausalität: punktueller Verzicht	132
3.2.	Verzicht auf jeden Kausalitätsnachweis	133
4.	Abreden in Bezug auf das Erfolgserfordernis	137
4.1.	"Abschlussverpflichtung"	137
4.2.	Festlegung von Art und Inhalt des Hauptvertrags	142
4.3.	Verzicht auf das Erfolgserfordernis (sog. "Provisionsgarantien")	145
5.	Abreden in Bezug auf die Widerruflichkeit (OR 404 I)	148
5.1.	Rechtsnatur und Grenzen des Widerrufs	148

5.2.	Art. 404 Abs. 2 OR	156
5.3.	Parteiabreden	162
5.3.1.	Konventionalstrafe	163
5.3.2.	Aufwendungersatz	164
5.3.3.	Pauschalierter Schadenersatz?	167
6.	Exklusivklauseln	169
6.1.	Problemstellung und Typologie	169
6.2.	Zulässigkeit	174
6.2.1.	Einfache Exklusivklausel	174
6.2.2.	Verschärfte Exklusivklausel	175
6.3.	Umfang der unbestimmten Exklusivklausel	178
6.4.	Verzicht auf das Kausalitätserfordernis?	183
6.5.	Exklusivklauseln und Widerrufsverzicht	187
6.6.	Tätigkeitspflicht als Folge der Exklusivabrede?	190
6.7.	Exklusivklausel und Doppelvermittlung	195
2.	TEIL: <u>BEMESSUNG</u>	197
A.	Bestimmung aufgrund gesetzlicher Vorschriften	197
I.	Art. 414 OR (Festsetzung)	197
1.	Parteivereinbarung	197
2.	Tarif, Taxe	200
3.	Uebung	202
4.	Richterliches Ermessen?	206
5.	Rechtsweg	207
II.	Zwingende kantonalrechtliche Bestimmungen	208
1.	Das Verhältnis kantonalen Öffentlichen Rechts zum Bundeszivilrecht	208
1.1.	Im Allgemeinen	208
1.1.1.	Das Problem	208
1.1.2.	Rechtsprechung und Kritik	209
1.1.2.1.	Abschliessende Regelung?	209
1.1.2.2.	Oeffentliches Interesse	211
1.1.2.3.	Sinn und Geist des Bundeszivilrechts	212
1.2.	Im Maklerrecht (Insbesondere zur Zulässigkeit von Höchsttarifen)	214
1.2.1.	Abschliessende Regelung?	214
1.2.2.	Oeffentliche Interessen im Maklerrecht?	216

1.2.3.	Vereitelung des Bundeszivilrechts?	218
1.2.3.1.	Höchsttarife zur Wohnungsvermittlung	218
1.2.3.2.	Höchsttarife zur Grundstücks- und Darlehens- vermittlung	220
2.	Art. 418 OR	222
3.	Art. 22 EGG	223
B.	Korrektur durch den Richter	225
I.	Art. 417 OR (Herabsetzung)	225
1.	Entstehungsgeschichte	225
1.1.	Deutschland (BGB § 655)	225
1.2.	Schweiz (OR Art. 417)	227
2.	Sachlicher Anwendungsbereich	229
2.1.	Nach Vermittlungsobjekten	229
2.2.	Nach Art der Entgeltfestsetzung ("Vereinbarter Mäklerlohn")	230
2.2.1.	"Mäklerlohn"	230
2.2.2.	"vereinbart"	232
3.	Antrag auf Herabsetzung	233
3.1.	Anforderungen an die Antragstellung	233
3.2.	Antrag auf Herabsetzung nach Zahlung	235
4.	Feststellung der Unverhältnismässigkeit (Kriterien)	238
4.1.	Theorie	238
4.2.	Rechtsprechung	241
4.3.	Stellungnahme	247
4.3.1.	Grundsätzliches zur Normanwendung	247
4.3.2.	Exkurs: "Herabsetzung" im deutschen Recht	250
4.3.2.1.	BGB § 138	250
4.3.2.2.	Oeffentliches Recht	253
4.3.3.	Kriterien zur Feststellung der Unverhältnismässigkeit	254
4.3.3.1.	Erfolg oder Tätigkeit als Bezugspunkt?	255
4.3.3.2.	Objektive oder subjektive Wertung?	259

LITERATURVERZEICHNIS

- Antognazza, Giampiero:** Voraussetzungen der Maklerprovision, Winterthur, Diss. Zürich 1965
- Aubert, Jean-Francois:** Traité de droit constitutionnel suisse, 3 vols., Neuchâtel/Paris, 1967/1982
- Auer, Eugen:** Die richterliche Korrektur von Standardverträgen, Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht, Band 2, Karlsruhe/Bern 1964
- Baudenbacher, Carl:** Wirtschafts-, schuld- und verfahrensrechtliche Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Zürich 1983
- Bauer, Walter Bruno:** Der Schutz vor unbilligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) im schweizerischen Recht, Zürich 1977
- Becker, Hans:** Berner Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, Band VI, 2: Die einzelnen Vertragsverhältnisse (Art. 184-551 OR), Bern 1934
- Becker, Hans:** Berner Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, Band VI, 1: Allgemeine Bestimmungen. Unveränderter Nachdruck der 2. Aufl. 1941, Bern 1974
- Bonnet, Günter:** Staatliche Regelungen für Immobilienmakler, Veröffentlichungen des Forschungsinstituts für Wirtschaftspolitik an der Universität Mainz, Band 31, Berlin 1973
- Breloer, Bernhard-Dietrich:** Die erfolgsunabhängige Maklerprovision, in NJW 1974, S. 347
- Bucher, Eugen:** Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Zürich 1979, zit. als Bucher AT
- Bucher, Eugen:** Skriptum zum Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. Zürich 1983
zit. als Bucher Best
- Bucher, Eugen:** Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen, FG für H. Deschenaux, S. 249, Freiburg 1977
zit. als Bucher, FG Deschenaux
- Bucher, Eugen:** Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht? In: Schweizerischer Juristenverein, Referate und Mitteilungen, 117. Jahrgang 1983, S. 251ff (auch ZSR NF 102, 1983, II, S. 251ff)
zit. als Bucher, 100 Jahre OR

- Bydlinski, Franz:** Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, Wien/ New York 1967
- Bühler, Theodor:** Haft- und Reugeld sowie Konventionalstrafe im alten und im geltenden Obligationenrecht, in Jubiläumsschrift Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, S. 143, Freiburg 1982
- Dehner, Walter:** Das Bürgerliche Gesetzbuch, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, BGB RGRK, Band II, 4. Teil, §§ 631-811, 12. Aufl., Berlin/New York 1978
- Duden:** Das Fremdwörterbuch, Duden Band 5, 3. Aufl., Mannheim/Wien/Zürich 1974, zit. als Fremdwörterduden
- Dyckerhoff, Robert:** Das Recht des Immobilienmaklers, 8. Aufl., München 1977
- Dürr, Karl:** Mäklervertrag und Agenturvertrag, Kommentar der Art. 412 - 418v des schweizerischen Obligationenrechts, Freiburg i.Br./Bern 1959
- Egger, August:** Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Artikel 1 - 89, Zürich 1930
- Forstmoser, Peter:** Die rechtliche Behandlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im schweizerischen und im deutschen Recht, in FG Max Kummer, S. 95, Bern 1980 zit. als Forstmoser, FG Kummer
- Forstmoser, Peter:** Gesetzgebung und Gerichtspraxis zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Schweiz: eine Standortbestimmung, Zürich 1982 zit. als Forstmoser, AGB
- Friedrich, Hans-Peter:** Fragen aus dem Auftragsrecht, in ZBJV 91 1955, S. 449
- Gauch, Peter/ Schluep, Walter R./ Jäggi, Peter:** Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2 Bände, 3. Aufl. Zürich 1983 zit. als Gauch/Schluep/Jäggi
- Gautschi, Georg:** Berner Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 5. Teilband, Art. 407 - 424, 2. Aufl. Bern 1964
- Glaser, Hugo:** Provisionsanspruch des Maklers bei Ausübung eines vertraglich vorbehaltenen Rücktrittsrechts, in NJW 1974, S. 348
- Glaser, Hugo/ Warncke, Theodor:** Das Maklerrecht in der Praxis, Grundzüge, Rechtsprechung und Schrifttum, 7. Aufl. Herne/Berlin 1982 zit. als Glaser/Warncke

- Guggenbühl, Adolf:** Die Liegenschaftenmäklerei, Diss Zürich/Aarau 1951
- Guhl, Theo/ Merz, Hans/ Kummer, Max:** Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl., Zürich 1980
zit. als Guhl/Merz/Kummer
- Guldener, Max:** Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht, Zürich 1955
zit. als Guldener, Beweiswürdigung
- Gygi, Fritz:** Zur Rechtsetzungszuständigkeit des Bundes auf dem Gebiet des Zivilrechts (BV 64), in ZSR NF Bd. 95, 1976, 1. Halbband, S. 343
zit. als Gygi ZSR 95
- Gygi, Fritz:** Zur bundesstaatlichen Rechtsetzungszuständigkeit im Gebiet des Obligationen- und Handelsrechts, in ZSR NF Band 103, 1984, 1. Halbband, S. 1
zit. als Gygi ZSR 103
- Häfelin, Ulrich/ Haller, Walter:** Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1984
zit. als Häfelin/Haller
- Hofstetter, Josef:** Der Mäklervertrag, in: Schweizerisches Privatrecht Bd. VII/2. S. 123, Basel und Stuttgart 1979
- Hofstetter, Josef:** Der einfache Auftrag, in: Schweizerisches Privatrecht VII/2, S. 5, Basel und Stuttgart 1979
zit. als Hofstetter, Auftrag
- Huber, Hans:** Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Art. 1-10, Art. 6, S. 477, Bern 1962
zit. als Huber N
- Isler, Rolf:** Zur Rechtsnatur des Spediteurempfangsscheins, in BJM 1978, S. 113
- Jakobs, Horst H./Schubert, Werner:** Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse, III, §§ 652-853, Berlin/New York 1983
zit. als Jakobs/Schubert
- Jäggi, Peter/ Gauch, Peter:** Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Teilband V, 1b, Kommentar zu Artikel 18, Zürich 1980
zit. als Jäggi/Gauch
- Jung, Hans Reinhard:** Das neue Maklervertragsrecht, in ZIP 1984, S. 901
- Keller, Max/ Landmann, Valentin N.J.:** Haftpflichtrecht, ein Grundriss in Tafeln, 2. Aufl. Zürich 1980
zit. als Keller/Landmann

- Keller, Max/ Schöbi, Christian:** Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Das Schweizerische Schuldrecht Band I, Basel/Frankfurt a.M. 1982
zit. als Keller/Schöbi
- Knieper, Rolf:** Der Maklervertrag im System des Bürgerlichen Gesetzbuches, in NJW 1970, S. 1293
- Koller-Tumler, Marlis:** Jederzeitiger Widerruf im Auftragsrecht? Entwicklungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in recht 1984, S. 49
- Kramer, Ernst:** Allgemeine Geschäftsbedingungen: status quo, Zukunftsperspektiven, in SJZ 81, 1985, S. 17, S. 33
zit. als Kramer, SJZ 1985
- Kramer, Ernst:** Berner Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, 1. Teilband, Lieferung 1, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1 und 2 OR, Bern 1980, zit. als Kramer
- Krüger-Doyé, Gundula:** Der Alleinauftrag im Maklerrecht, Stuttgart/München/Hannover, 1977
- Kummer, Max:** Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Art. 1-10, Art. 8, S. 613, Bern 1962
zit. als Kummer N
- Lierow, Niels:** Der Provisionsanspruch des Grundstücksmaklers bei Nichtzustandekommen des Hauptvertrages im deutschen und englischen Recht, Frankfurt a.M. 1979
- Liver, Peter:** Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Art. 1-10. Art. 5, S. 443, Bern 1962
zit. als Liver N
- Marcks, Peter:** Makler- und Bauträgerverordnung, Erläuterte Ausgabe, 2. Aufl. München 1981
- Merz, Hans:** Massenvertrag und Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: Festgabe Wilhelm Schönenberger, Freiburg 1968, S. 137
- Minola, Louis Pierre:** Le contrat de courtage, spécialement au point de vue du salaire du courtier (art. 412-418 C.O.), Diss. Lausanne 1921
- Möller, Hans:** Wesen und Arten der Vermittlerverträge, in FS Leo Raape, S. 341, Hamburg 1948
- Mugdan, Benno:** Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 2, Recht der Schuldverhältnisse, Neudruck der Ausgabe Berlin 1899, Aalen 1979

- Nobel, Peter:** Entscheide zu den Einleitungsartikeln, Einführung zu den Art. 1 - 10 ZGB anhand der neueren Zivilrechtspraxis, Bern 1977
- Oftinger, Karl:** Betrachtungen über die laesio im schweizerischen Recht. Die Bestimmung über die Uebervorteilung insbesondere im Lichte neuerer Entwicklungen und Tendenzen (1973), in: Ausgewählte Schriften, Zürich 1978, S. 155
zit. als Oftinger, laesio
- Oftinger, Karl:** Schweizerisches Haftpflichtrecht, 1. Band, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. Zürich 1975
zit. als Oftinger, Haftpflichtrecht
- Oftinger, Karl:** Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Aufl. Zürich 1978 (Nachdruck 1973)
zit. als Oftinger, Praxis
- Oser, Hugo/ Schönenberger, Wilhelm:** Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 2. Teil: Artikel 184 - 418, 2. Aufl. Zürich 1936
zit. als Oser/Schönenberger
- Palandt:** Beck'sche Kurzkommentare Band 7, Bürgerliches Gesetzbuch, bearbeitet von P. Bassenger (et al.), 43. Aufl. München 1984
zit. als Palandt
- Peyer, Jürg:** Der Widerruf im Schweizerischen Auftragsrecht, Diss. Zürich 1974
- Pfenninger, Conrad:** Mäklervertrag und Provisionsgarantie, in SJZ 46, 1950, S. 337
- Prost, Gerhard:** Allgemeine Geschäftsbedingungen, Formularerklärungen und Verbraucherschutz, in NJW 1973, S. 743
- Reich, Norbert:** Mäklervertrag, in Reihe Alternativkommentare, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Besonderes Schuldrecht §§ 433-853, Neuwied/Darmstadt 1979
zit. als Reich N
- Reichel, Hans:** Die Mäklerprovision, München 1913
- Rühle, Klaus:** Das Wucherverbot - effektiver Schutz des Verbrauchers vor überhöhten Preisen? Schriften zum bürgerlichen Recht, Band 48, Berlin 1978
- Rust, A.:** Der "Alleinauftrag" des Immobilienmaklers, in MDR 1957, S. 205
- Scherrer, Albert:** Das "Richterliche Ermässigungsrecht" bei Verträgen, Diss. Freiburg, Wiel/St. Gallen 1934

- Schluep, Walter R.:** Innominatverträge, Separatdruck aus "Schweizerisches Privatrecht" Band VII/1, Basel/ Stuttgart 1979
zit. als Schluep, Innominatverträge
- Schmid, Wieland:** Provisionsgarantie und Aufwendungsersatz im Mäklervvertrag nach Obligationenrecht, in SJZ 46, 1950, S. 171
- Schmidt-Salzer, Joachim:** Allgemeine Geschäftsbedingungen, 2. Aufl. München 1977
- Scholz, Franz:** Zur Vergütung der Kreditvermittler im geplanten Maklerrecht, in MDR 1982, S. 711
- Scholz, Franz:** Kreditvermittler: Aktuelle Rechtsprechung und rechtspolitischer Ausblick, in MDR 1981, S. 361
- Schulin, Hermann/ Vogt, Nedim Peter:** Tafeln zum Schweizerischen Obligationenrecht Band I, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl. Zürich 1984
zit. als Schulin/Vogt
- Schulte, Hans:** Allgemeine Geschäftsbedingungen und "Individualvereinbarungen", in NJW 1974, S. 1217
- Schwerdtner, Peter:** Maklerrecht, NJW-Schriftenreihe 18, 2. Aufl. München 1979
zit. als Schwerdtner
- Schwerdtner, Peter:** Mäklervvertrag, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3: Schuldrecht Besonderer Teil, 1. Halbband, 8. Titel: Mäklervvertrag §§ 652-656, S. 1874, München 1980
zit. als Schwerdtner, Kommentar
- Schönenberger, Wilhelm/ Jäggi, Peter:** Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1 - 529), Teilband V 1a (Art. 1 - 17): 3. Aufl. Zürich 1983
zit. als Schönenberger/Jäggi
- Schürmann, Leo:** Mäklervvertrag und culpa in contrahendo, in SJZ 51, 1959, S. 240
- Scyboz, Georges:** Garantievertrag und Bürgschaft, in Schweizerisches Privatrecht, Band VII/2, S. 315, Basel/ Stuttgart 1979
- Soergel, Hans Theodor/ Mühl, Otto:** Kohlhammer - Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht II, §§ 516-704, 11. Aufl. Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1980
zit. als Soergel-Mühl Rz
- Soergel, Hans Theodor/ Mormann, Josef:** Kohlhammer-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht II, §§ 652-661, 11. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1980
zit. als Soergel-Mormann Rz

- Soergel, Hans Theodor/ Knapp, Werner:** Kohlhammer - Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, 11. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1978,
zit. als Sorgel-Knapp Rz
- Stier-Somlo, F./ Elster, A.:** Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Band V, Berlin/Leipzig 1928
zit. als Stier-Somlo/Elster
- Sträuli, Hans/ Messmer, Georg/Wiget, Felix:** Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. Zürich 1982
zit. als Sträuli/Messmer
- Thilo, Emile:** Le courtage en immeubles et la rémunération du courtier, in JdT 1949 p. 34ss, 66ss
- Tonner, Klaus:** Verbraucherschutz im Recht des Immobilienmaklers, Neuwied 1981
zit. als Tonner, Verbraucherschutz
- Tonner, Klaus:** Die Reform des Maklervertragsrechts, in BB 1984, S. 241
zit. als Tonner, BB 1984
- Turrettini, Pierre:** Le contrat de courtage et le salaire du courtier, Diss. Genève 1952
- Ullrich, Wolfgang:** Rechtslexikon für den Immobilienmakler, 3. Aufl. Neuwied/Darmstadt 1975
- von Tuhr, Andreas/ Siegwart, Alfred/Peter, Hans:** Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Aufl. Zürich 1979,
zit. als von Tuhr/Siegwart/Peter
- von Tuhr, Andreas/ Siegwart, Alfred/ Escher, Arnold:** Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Aufl. Zürich 1974,
zit. als von Tuhr/Siegwart/Escher
- Vollkommer, Max:** Das neue Maklerrecht - ein Vorbild für die Uebearbeitung des Schuldrechts? in: Festschrift Larenz, München 1983, S. 663
- von Büren, Bruno:** Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1972
- Walder-Bohner, Hans-Ulrich:** Zivilprozessrecht nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung anderer Zivilprozessordnungen, 3. Aufl. Zürich 1983
zit. als Walder
- Wegener, Ulrich/ Sailer, Erwin:** Der Makler und sein Auftraggeber, Stuttgart/München/Hannover, 1976
zit. als Wegener/Sailer

- Werner, Olaf:** Maklervertrag, in Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, S. 1755, 7. Aufl. Münster 1981
zit. als Werner
- Werner, Olaf:** Wirksamkeit und Bedeutung der Vorkenntnisklausel in Maklerverträgen, in NJW 1971, S. 1924
zit. als Werner, Vork.
- Werner, Ulrich/ Pastor, Walter:** Rechtsfragen beim Bauen, 4. Aufl. München 1981
zit. als Werner/Pastor
- Wurm, Carl/ Wagner, Hermann/ Zartmann, Hugo:** Das Beauftragtenformularbuch, 11. Aufl. Köln 1983
zit. als Wurm/Wagner
- Zeidler, Hans-Martin:** Handelsmäkler (§§ 93-104 HGB), in Bandasch, Georg W., Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch GK-HGB, 3. Aufl. Neuwied/Darmstadt 1980

QUELLEN

A. SCHWEIZ

I. BUND

1. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (BV), insb. Art. 31, 31 bis II, 34 ter lit.e
2. BG über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/ 18. Dezember 1936 (OR), insb. Art. 412-418
3. Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB), insb. Art. 1-10
4. BG über die Erhaltung des bürgerlichen Grundbesitzes vom 12. Juni 1951 (EGG), insb. Art. 22
5. BG über die Arbeitsvermittlung vom 22. Juni 1951

II. KANTONE

Übersicht:

1. Vermittlung nichtlandwirtschaftlicher Grundstücke
2. Vermittlung landwirtschaftlicher Grundstücke
3. Regelungen über die Geschäftsagenten, Geschäftsfonds- und Wertpapiervermittlung
4. Wohnungsvermittlung
5. Finanzierungsvermittlung

1. Vermittlung nichtlandwirtschaftlicher Grundstücke

- Aargau: - Verordnung über die Geschäftsagenten vom 17. Mai 1886 (GAgVO)
- Tarif für die Geschäftsagenten vom 23. Dezember 1918 (GAgTarif)
- Reglement über die Prüfung und Patentierung der Geschäftsagenten und deren Buchführung vom 11. Juli 1935
- Bern: - Verordnung über das Immobilien-Treuhandwesen vom 19. September 1984 (VOIT)
- Fribourg: - Gesetz vom 25. Februar 1959 betreffend Regelung des Maklergeschäftes in Grundstücken und Geschäftsfonds (MÄG)
- Ausführungsreglement zum Gesetz vom 25. Februar 1959 betreffend Regelung des Maklergeschäftes in Grundstücken und Geschäftsfonds, vom 21. Dezember 1959 (MÄRegl.)
- Tarif approuvé, du 14. juillet 1970 (Tarif)
- Jura: - Ordonnance sur le courtage et le commerce d'immeubles, ainsi que sur le courtage d'appartements et de chambres, du 6 décembre 1978 (O.1)

- Luzern: - Gesetz über die gewerbsmässige Vermittlung im Grundstückverkehr, vom 7. März 1939 (GstVermG) Vollziehungsverordnung zu den Gesetzen über die gewerbsmässige Vermittlung im Grundstückverkehr sowie über den gewerbsmässigen Handel mit Gülden und Schuldbriefen, vom 6. August 1956
- Valais: - Loi du 23 juin 1971 sur les agents intermédiaires (Loi)
- Règlement d'exécution du 25 mai 1972 de la loi sur les agents intermédiaires du 23 juin 1971 (Regl.)
- Règlement du 24 octobre 1973 fixant le tarif des honoraires des agents immobiliers (Tarif)
- Zürich: - Gesetz über die Liegenschaftsagenten, Liegenschaftsvermittler und Privatdetektive vom 16. Mai 1943

2. Vermittlung landwirtschaftlicher Grundstücke

- Aargau: - Vollziehungsverordnung zur Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes (VVO zum EGG), vom 6. Dezember 1957
- Appenzell: - Verordnung über die gewerbsmässige Vermittlung (A.Rh) landwirtschaftlicher Liegenschaften, vom 17. November 1953/16. Februar 1982
- Appenzell: Vollziehungsverordnung zum Einführungsgesetz zum (I.Rh) Bundesgesetz über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes, vom 4. Juni 1954
- Basel-Stadt: - Verordnung betreffend Ausschluss der Anwendung des Bundesgesetzes über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes für den Kanton Basel-Stadt, vom 8. Juni 1948
- Basel-Landschaft: Kantonaes Einführungsgesetz zum Bundesgesetz vom 12. Juni 1951 über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes, vom 9. Oktober 1952
- Bern: Einführungsgesetz zum Bundesgesetz vom 12. Juni 1951 über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes, vom 23. November 1952
- Fribourg: Einführungsgesetz von 25. November 1952 zum Bundesgesetz vom 12. Juni 1951 über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes
- Ausführungsverordnung vom 8. Januar/ 2. März 1954/3. Oktober 1969 betreffend das Einführungsgesetz vom 25. November 1952 zum Bundesgesetz vom 12. Juni 1951 über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes
Beschluss vom 21. Mai 1940 betreffend die Vermittlung landwirtschaftlicher Liegenschaften

./.

- Fribourg: - Dekret vom 17. November 1936 betreffend Ausführung des Bundesbeschlusses über die Vermittlung von landwirtschaftlichen Grundstücken
- Genève: - Loi d'application de la loi fédérale du 12 juin 1951 sur le maintien de la propriété foncière rurale, du 19 décembre 1952
- Glarus: - Einführungsgesetz zum Bundesgesetz vom 12. Juni 1951 über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes, vom 3. Mai 1953
- Graubünden: - Einführungsgesetz zum Bundesgesetz vom 12. Juni 1951 über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes, vom 27. September 1953
- Jura: - Loi portant introduction de la loi fédérale du 12 juin 1951 sur le maintien de la propriété foncière rurale, du 9 novembre 1978
- Luzern: - Verordnung über die Anwendung des Bundesgesetzes über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes vom 12. Juni 1951, vom 31. Dezember 1952
- Neuchâtel: - Loi d'introduction de la loi fédérale sur le maintien de la propriété foncière rurale, du 19 décembre 1952
- Obwalden: - Verordnung zum Bundesgesetz über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes, vom 15. Oktober 1952
- Schaffhausen: - Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes, vom 26. April 1954
 - Verordnung zum Bundesgesetz über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes, vom 18. November 1954
- Schwyz: - Vereinbarung zwischen den Kantonen Zürich und Schwyz über Gegenrecht für die Bewilligungen zur Vermittlung von landwirtschaftlichen Liegenschaften, vom 25. Februar/29. März 1960
- Solothurn: - Gesetz betreffend den Vollzug des Bundesgesetzes über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes, vom 12. Juni 1951, vom 23. November 1952
 - Verordnung über die Einführung des Bundesgesetzes vom 12. Juni 1951 über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes und das gleichnamige kantonale Gesetz vom 23. November 1952, vom 6. Dezember 1952
- St.Gallen: - Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes vom 12. Juni 1951, vom 22. Dezember 1952
 - Verordnung über die Vermittlung landwirtschaftlicher Liegenschaften, vom 23. Dezember 1952/7. Mai 1963

- Ticino: - Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes vom 12. Juni 1951, vom 18. Januar 1974
- Thurgau: Verordnung des Regierungsrates zur Durchführung des Bundesgesetzes vom 12. Juni 1951 über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes, vom 6. Dezember 1952
- Vaud: Règlement du 28 décembre 1983 sur le courtage en matière de biens-fonds agricoles
- Zug: - Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes vom 12. Juni 1951, vom 16. Oktober 1952
- Zürich: - Verordnung zum Bundesgesetz vom 12. Juni 1951 über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes, vom 18. Dezember 1952
 - Vereinbarung zwischen den Kantonen Zürich und Bern über Gegenrecht für die Bewilligungen zur Vermittlung von landwirtschaftlichen Grundstücken, vom 25. Februar/1. März 1960
 - Vereinbarung zwischen den Kantonen Zürich und Schwyz über Gegenrecht für die Bewilligungen zur Vermittlung von landwirtschaftlichen Liegenschaften, vom 25. Februar/29. März 1960
 - Vereinbarung zwischen den Kantonen Zürich und Zug über Gegenrecht für die Bewilligungen zur Vermittlung von landwirtschaftlichen Liegenschaften, vom 25. Februar 1960/10. März 1960
 - Vereinbarung zwischen den Kantonen Zürich und Solothurn über Gegenrecht für die Bewilligungen zur Vermittlung landwirtschaftlicher Liegenschaften, vom 25. Februar 1960/8. März 1960

3. Regelungen über die Geschäftsagenten, Geschäftsfonds- und Wertpapiervermittlung

- Aargau: Verordnung über die Geschäftsagenten, vom 17. Mai 1886 (GAgVO), sowie Vollzugserlasse (vgl. vorn unter 1.)
- Fribourg: Gesetz vom 25. Februar 1959 betreffend Regelung des Mäklergeschäftes in Grundstücken und Geschäftsfonds (MäG), sowie Vollzugserlassen (vgl. vorn unter 1.)
- Genève: Loi sur les agents intermédiaires du 20 mai 1950 (Loi)
 Règlement d'exécution de la loi du 20 mai 1950 sur les agents intermédiaires, du 31 octobre 1950
- Luzern: Gesetz über den gewerbsmässigen Handel mit Gülden und Schuldbriefen vom 8. März 1944 (WpVermG), sowie Vollziehungsverordnung vom 6. August 1956 (vgl. vorn unter 1.)

- Valais: - Loi du 23 juin 1971 sur les agents intermédiaires (Loi), et règlements (vgl. vorn unter 1.)
- Zürich: - Gesetz über die Geschäftsagenten, Liegenschaftsvermittler und Privatdetektive, vom 16. Mai 1943

4. Wohnungsvermittlung

- Bern: - Verordnung über das Immobilien-Treuhandwesen vom 19. September 1984 (VOIT)
- Jura: - Ordonnance sur le courtage et le commerce d'immeubles, ainsi que sur le courtage d'appartements et de chambres, du 6 décembre 1978 (O.1)
- Zürich: - Gesetz über die Vermittlung von Wohn- und Geschäftsräumen, vom 30. November 1980 (WoVermG)
- Tarifordnung der Direktion der Justiz des Kantons Zürich für die Vermittlung von Wohn- und Geschäftsräumen, vom 25. März 1982 (TarifO)

5. Finanzierungsvermittlung

- Aargau: - Verordnung über die Geschäftsagenten, vom 17. Mai 1886 (GAgVO)
- Bern: - Vollziehungsverordnung vom 21. August 1942 zum Gesetz vom 26. Februar 1888 betreffend den Gewerbetrieb der Gelddarleiher, Darlehensvermittler, Pfandleiher und Trödler (VVO)
- Jura: - Ordonnance sur l'exercice des professions de prêteur d'argent, d'entremetteur de prêts, de prêteur sur gages et de fripier du 6 décembre 1978 (O.2)
- Zürich: - Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (EG zum ZGB), § 212ff, insb. § 213a
- Verordnung über die Darleiher, Darlehens- und Kreditvermittler, vom 10. Dezember 1942

Interkantoniales Konkordat über Massnahmen zur Bekämpfung von Missbräuchen im Zinswesen vom 8. Oktober 1957 (Konk.), insb. Art. 2

B. DEUTSCHLAND

1. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), vom 18. April 1896 (BGBl. S. 195ff), insb. §§ 652-656
2. Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung des Entwurfs der Bundesregierung eines Gesetzes über Maklerverträge (E), vom 15. Februar 1984, in ZIP 1984, S. 379; in der Fassung vom 27. September 1979 bei Zeidler, Anhang B nach § 104 HGB, S. 491

3. Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung (WoVermG), vom 4. November 1971 (BGBl. I S. 1745ff, 17457)
4. Gesetz zur weiteren Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts (Wirtschaftsstrafgesetz 1954) (WiStG), vom 9. Juli 1954, in der Fassung vom 3. Juni 1975 (BGBl. I S. 1313), insb. §§ 4, 6
5. Gewerbeordnung (GewO), in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Januar 1978 (BGBl. I S. 97), insb. § 34e
6. Verordnung über die Pflichten der Makler, Darlehens- und Anlagenvermittler, Bauträger und Baubetreuer (Makler- und Bauträger-Verordnung-MaBV), in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Juni 1975 (BGBl. I S. 13451), geändert durch die Verordnung vom 28. November 1979 (BGBl. I S. 1986)
7. Handelsgesetzbuch (HGB), vom 10. Mai 1897 (RGBl. 219), insb. §§ 93-104
8. Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG), vom 9. Dezember 1976 (BGBl. I S. 3317)
9. Arbeitsförderungsgesetz (AFG), vom 25. Juni 1969 (BGBl. I S. 582)
10. Bundesnotarordnung (BNotO), vom 24. Februar 1961 (BGBl. I S. 98) aufgrund des Art. 2 des Gesetzes über Massnahmen auf dem Gebiete des Notarrechts, vom 16. Februar 1961 (BGBl. I S. 77)

ABKUERZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (BRD)
a.E.	am Ende
AFG	Arbeitsförderungsgesetz vom 25. Juni 1969, BGBI. I 528
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9. Dezember 1976, BGBI. I 3317
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
AIZ	Allgemeine Immobilienzeitung (BRD)
allg.	allgemein
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
AppG	Appellationsgericht
Art.	Artikel (im Singular oder Plural)
AT	Allgemeiner Teil
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel = BGE
BB	Der Betriebsberater (Heidelberg)
BBl.	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
Beschl.	Beschluss
betr.	betreffend
BezGer.	Bezirksgericht
BG	Bundesgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts; Amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
Bl.	Blatt, Blätter
BlGBW	Blätter für Grundstücks-, Bau- und Wohnungsrecht (BRD)
BRB	Bundesratsbeschluss
Bsp.	Beispiel
BT	Besonderer Teil
Bull.	Bulletin
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai. 1874
bzw.	beziehungsweise
c.	contra, contre = gegen
CC,Cc	Code civil, Codice civile = Zivilgesetzbuch
CO	Code des obligations suisse = OR
DB	Der Betrieb (BRD)
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E	Entwurf; Erwägung
EG	Einführungsgesetz
EGG	BG über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes vom 12. Juni 1961
Einl.	Einleitung
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement

evtl.	eventuell
EVD	Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement
Extraits	Extraits des principaux arrêts rendus par les diverses sections du tribunal cantonal de l'état de Fribourg
f,ff	folgende, fortfolgende (Seiten, Randziffern, Noten)
FfZ	Fundheft für Zivilrecht (BRD)
FN	Fussnote
frz.	französisch
G	Gesetz
g.	gegen
Ger.	Gericht
Ges.	Gesetz
gl.A.	gleicher Ansicht
gl.M.	gleicher Meinung
GVP	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
HGB	Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 10. Mai 1897
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HRegV	Verordnung über das Handelsregister vom 7. Juni 1937
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
insb.	insbesondere
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
JBl.	Juristische Blätter (Oesterreich)
Jg.	Jahrgang
JdT	Journal des Tribunaux (Lausanne)
JW	Juristische Wochenschrift (BRD)
JurA	Juristische Analysen (BRD)
JZ	Juristenzeitung (BRD)
KassG	Kassationsgericht
KG	Kantonsgericht
Komm.	Kommentar
Konk.	Konkordat, vgl. unter Quellen, A. II. 5.
Kt.	Kanton
kt.	kantonal
LES	Entscheide der Liechtensteinischen Gerichtshöfe
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
lit.	litera = Buchstabe
LM	Nachschlagewerk des BGH in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
MäG	Mäklergesetz
m.a.W.	mit anderen Worten
Maximen	Grundsätzliche Entscheidungen des Luzernischen Obergerichtes
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
m.W.	meines Wissens
N	Note
NF	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (BRD)
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
O.	Ordonnance
OGer	Obergericht
OGH	Oesterreichischer Oberster Gerichtshof

OLG	Deutsches Oberlandesgericht
Oe	Oesterreich(isch)
OeJZ	Oesterreichische Juristenzeitung
OR	BG über das Obligationenrecht vom 30.3.1911/18.12.1936
PKG	Die Praxis des Kantonsgerichts von Graubünden
Pra.	Die Praxis des Bundesgerichts
Prot.	Protokolle
RDM	Ring Deutscher Makler
Rdn.	Randnummer
RechB	Rechenschaftsbericht
Recueil	Recueil de Jurisprudence neuchâteloise
Regl.	Reglement
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria (Ticino)
RO	Recueil officiel = BGE
Rspr.	Rechtsprechung
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
Rz	Randziffer
S.	Seite
s.	siehe
SchlT	Schlusstitel
Sekt.	Sektion
SemJud	La Semaine judiciaire (Genève)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte
SPR	Schweizerisches Privatrecht
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StenBull	Amtliches (stenographisches) Bulletin der Bundesversammlung
StR	Ständerat
Suppl.	Supplement
SVIT	Schweizerischer Verband der Immobilien-Treuhänder
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil-(und Justizverwaltungs)sachen
TF	Tribunal Fédéral
Trib.cant.	Tribunal cantonal
u.a.	unter anderem
UeB	Uebergangsbestimmungen
Urt.	Urteil
u.U.	unter Umständen
VE	Vorentwurf
VEB	Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden (Schweiz)
vgl.	vergleiche
VJS	Vierteljahresschrift für Aargauische Rechtsprechung
VO	Verordnung
vols.	volumes
Vorb.	Vorbemerkung
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (Schweiz)
VVO	Vollziehungsverordnung
WM	Wertpapier-Mitteilungen (BRD)
WoVermG	Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 4. November 1971, BGBL. I 1745, 1747 (BRD)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (BRD)
zit.	zitiert
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht (BRD)

ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (BRD)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

1. TEIL: VORAUSSETZUNGEN

A. Einleitung

I. Der Mäkler

1. Begriff und Arten

1.1. Begriff

Als Mäkler (Vermittler, courtier, agent intermédiaire, entremetteur, mediatore) wird im schweizerischen Obligationenrecht die beauftragte Vertragspartei eines Mäklervertrags definiert ¹. Gemäss OR 412 I ist Mäkler, wer im Mäklervertragsverhältnis den Auftrag erhält, gegen eine Vergütung Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrags nachzuweisen oder den Abschluss eines Vertrags zu vermitteln. Typischerweise darf der Mäkler Geschäfte, d.h. Vertragsabschlüsse nur vermitteln, nicht aber selbst abschliessen ². Er erbringt eine tatsächliche Dienstleistung, für die er keine Vollmacht benötigt, und ist per definitionem nicht Vertreter ³. Praktisch übernehmen jedoch v.a. Berufsmäkler nicht selten auch Stellvertretungsfunktionen, so etwa bei Verwaltungsaufträgen ⁴. Kantonale Mäklergesetze (Gewerberecht) sind für die Frage, welche

¹ Gleich im deutschen Recht, BGB 652; direkter die Formulierung im Agenturvertragsrecht OR 418a: "Agent ist, wer die Verpflichtung übernimmt, dauernd für einen oder mehrere Auftraggeber Geschäfte zu vermitteln oder in ihrem Namen und für ihre Rechnung abzuschliessen, ohne zu den Auftraggebern in einem Arbeitsverhältnis zu stehen"; zu den Abgrenzungsfragen Antognazza, S. 7ff.

² Der in der Praxis vereinzelt verwendete Ausdruck "Abschluss-agent" ist zu vermeiden; vgl. hinten Fn 20, S. 5.

³ Gautschi, Vorb. zu 412 N 2b.

⁴ Vgl. Tarifordnung SVIT, Sekt. Zürich, 1983, Ziff.III; zum Hausverwalter als Wohnungsvermittler, vgl. Wegener/Sailer S. 82, N 91; vgl. auch im E BGB 654a, Wohnungsvermittlung.

Personen ihnen unterstellt sind, selbständig auszulegen ⁵.

Infolge der Umgehungsgefahr kann nicht nur auf das Vertragsverhältnis abgestellt werden, sondern ist eine funktionale Betrachtungsweise angezeigt.

Keine Hindernisse sich als Mäkler zu betätigen gibt es im Schweizer Recht für Angehörige anderer Berufe wie etwa Architekten, Treuhänder, Steuerberater ⁶, Bankiers, Notare oder Anwälte ⁷.

1.2. Arten von Mäklern

Die Unterscheidung des deutschen Rechts in Zivilmäkler (BGB 652 - 656) und Handelsmäkler (HGB 93 - 104) findet sich im schweizerischen Recht nicht ⁸. Damit nicht zu verwechseln ist die

⁵ OGer des Kt. LU, Urteil v. 12.2.1955, in ZBJV 91, 1955, S. 243f: Der Begriff "Vermittlung" umfasse im kantonalen Liegenschaftsvermittlungsgesetz auch den Abschluss von Kaufrechtsverträgen in der Absicht, wirkliche Kaufinteressenten gegen Entgelt in diese Verträge eintreten zu lassen; vgl. die Uebersicht vorn unter Quellen, A. II.

⁶ Vgl. für die BRD BGH, Urt. v. 23.10.1980, in NJW 1981, S. 399.

⁷ Vgl. Trib.Cant. NE, Urt. v. 21.11.1958 in Recueil 1958-62 p. 85; in Deutschland ist Notaren Maklertätigkeit untersagt (§ 14 IV BNotO); Anwälte dürfen sich nur als Gelegenheitsmakler betätigen, vgl. BGH in BB 1976, S. 1102; Soergel-Mormann vor § 652 Rz 3; Dehner vor § 652 Rdn 6; zur Abgrenzung des sog. Anwalts-Dienstvertrags vom Vermittlungsmaklervertrag mit dem Anwalt vgl. BGH, Urt. v. 10.6.1985, in NJW 1985, S. 2642f.

⁸ Als rein deskriptiver Begriff aber in ZR 63, 1964, S. 339: Handelsmäkler ist, wer "gewerbsmässig Waren, Wertpapiere, Versicherungen usw. vermittelt"; Becker OR 412 N5; Thilo p. 35; ein Unikum bildet die Gewerbebegelung des Wertpapiermäcklers im Kanton Luzern, Gesetz v. 8. März 1944; zum Handelsmaklerrecht des HGB vgl. Zeidler § 93 I: als Handelsmakler gelten regelmässig Waren-, Börsen- und Wertpapier-, Versicherungs- und Schiffsmakler; Schwerdtner, Kommentar § 652 Rz 2; Möller S. 341ff.

Unterscheidung zwischen Berufs- und Gelegenheitsmäklern ⁹. Berufsmäkler ist, wer ausschliesslich oder teilweise, ständig und gewerbsmässig den Abschluss von Mäklerverträgen anstrebt. Juristisches Kriterium ist die Gewerbsmässigkeit im Sinne von HRegV 52 III, wo eine selbständige, auf dauernden Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit vorausgesetzt wird. HRegV 53 Ziff. 3 qualifiziert ausdrücklich die Tätigkeit des Mäklers als Handelsgewerbe ¹⁰. Die Unterscheidung ist nicht nur im Hinblick auf die Anwendbarkeit kantonaler Gewerbebestimmungen von Bedeutung ¹¹, sondern hat bereits auf privatrechtlicher Ebene wichtige Konsequenzen. So wurde entschieden, dass Berufsvermittler im Durchschnitt von höheren Provisionsansätzen ausgehen dürften als reine "Zufalls"-Mäkler, bei denen das Moment des Misserfolgsausgleichs nicht gegeben sei ¹². Auch im Hinblick auf die Sorgfaltspflichten, insbesondere die Beratungspflichten, ist ein anderer Massstab anzulegen bei Nicht-Berufsmäklern ohne fundierte Spezialkenntnisse ¹³.

Die im Obligationenrecht augenfälligste Unterscheidung ist diejenige zwischen Vermittlungsmäklern und Nachweismäklern (OR 412 I), die BGB 652 I entliehen wurde. Sie betrifft den Umfang der vom Mäkler regelmässig als Provisionsvoraussetzung (OR 413 I) verlangten Tätigkeit. Die Bedeutung dieser Unterscheidung ist aller

⁹ Schwerdtner, Kommentar vor §652 Rz 5: der Gelegenheitsmakler sei immerhin Leitbild für den BGB-Gesetzgeber gewesen; zur Bedeutung der Unterscheidung vgl. §652 Rz 7.

¹⁰ Besonderheit: Eintragspflicht auch ohne Erreichen der Jahresumsatz-Limite von Fr. 100,000.--.

¹¹ Die kt. Gewerbebesetze sind i.d.R. auf Gelegenheitsvermittlung nicht anwendbar, vgl. etwa Fribourg, MäG vom 25.2.1959, Art. 1 II.

¹² Vgl. hinten S. 243 zu OR 417.

¹³ Zur Frage der Sorgfaltspflicht vgl. Guggenbühl, S.108ff; Gautschi, 412 N9, 10; zum Problem der sorgfältigen Beratung allg. vgl. Urt. des BGer vom 31.1.1984, in SemJud 1985 p. 69ss; Glaser/Warncke S.42ff.

dings fraglich ¹⁴. Praktische Konsequenzen können sich aufgrund der herrschenden Auffassung für die Fragen der Vertragsentstehung und der Provisionsvoraussetzungen sowie für die Frage der Zulässigkeit einer Mäklertätigkeit für beide Seiten ergeben ¹⁵.

Aufgabe des Vermittlungsmäklers ist es, den Abschluss eines Hauptvertrages durch aktives Einwirken primär auf den Vertragspartner des Auftraggebers, aber auch allgemein durch die Leistung von Mittlerdiensten und die Suche nach tragfähigen Kompromissen zu fördern ¹⁶.

Die Aufgabe des Nachweismäklers erschöpft sich dagegen weitgehend in der Mitteilung einer gefundenen Abschlussgelegenheit, konkret im erstmaligen Nachweis der Adresse eines abschlusswilligen und -fähigen Interessenten ¹⁷. Der dazwischen stehende Zuführungsmäkler - eine (überflüssige) Schöpfung der Rechtsprechung ¹⁸ - darf sich nicht mit der reinen Kenntnisverschaffung begnügen, sondern hat den direkten Kontakt der Hauptvertragsparteien herzustellen. Im übrigen handelt es sich um eine Unterart des Nachweisvermittlers.

Strittig in Lehre und Rechtsprechung ist, ob die Unterscheidung von den Parteien zwingend getroffen werden muss, oder ob diese den Umfang der gegenseitigen Vertragspflichten vorläufig offenlassen können, ohne dass deshalb das Bestehen eines gültigen

¹⁴ Vgl. hinten S. 66ff; vgl. Schwerdtner, Kommentar § 652 Rz 168

¹⁵ Soergel-Mormann §652 Rz 2, 5; vgl. hinten S. 195f.

¹⁶ Nur in diesem Sinn sollte der Mäkler als Interessenvertreter des Auftraggebers verstanden werden; aus BGE 110 II 277 kann nicht geschlossen werden, der Mäkler sei "reiner" Interessenvertreter; SemJud 1985, p. 69ss (BGer) betrifft einen atypischen, nicht mehr nur mäklerrechtlichen Fall ("mandat large"); vgl. auch Guggenbühl S. 70, 258f; "Vermittlung" wird im allg. Sprachgebrauch häufig als Oberbegriff für jede Art von Mäklertätigkeit verwendet.

¹⁷ Guggenbühl S. 70, 252; fast ausschliesslich dieser Typ findet sich bei der Wohnungsvermittlung; ZR 63, 1964, S. 335: "...Erweckung der Vorstellung einer konkreten Abschlussmöglichkeit".

¹⁸ Vgl. etwa ZR 78, 1979, Nr. 66, S. 145.

Mäklervertrags bezweifelt werden muss ¹⁹.

Kein Mäkler im Rechtssinn ist der sogenannte "Abschlussagent" ²⁰, der dem Auftrags- und Kommissionsrecht untersteht.

Die v.a. kantonalsrechtlich bedeutsame Differenzierung nach dem Gegenstand des zu vermittelnden Hauptvertrages findet sich ansatzweise auch im OR ²¹. So bestimmt Art. 416, dass aus der Heiratsvermittlung kein klagbarer Anspruch auf Mäklerlohn entstehe (Naturalobligation). Art. 417 beschränkt die Möglichkeit der richterlichen Herabsetzung eines unverhältnismässig hohen Mäklerlohnes auf die Vermittlung von Einzelarbeitsverträgen und Grundstückkaufverträgen ²². Art. 418 behält kantonale privatrechtliche Regelungen einzig für die Verrichtungen der Börsenmäkler, Sensale ²³ und Stellenvermittler vor.

Unter den verschiedenen Mäklertypen kommt den Immobilienvermittlern eine herausragende Stellung zu ²⁴. Sie erwirtschaften nicht nur prozentual durch die Vermittlung von Kaufverträgen den Hauptanteil des gesamten Mäklerumsatzvolumens ²⁵, sondern tätigen regelmässig auch andere Vermittlungsgeschäfte wie Wohnungs-, Darlehens- und Hypothekarvermittlungsgeschäfte ²⁶. Reine Kredit- oder

¹⁹ Vgl. hinten S. 25ff.

²⁰ Vgl. Thilo p. 36; unklar und mit eigenwilliger Terminologie RVJ 1979, p. 367: statt "Nachweismäkler" "Vermittlungsagent", statt "Vermittlungsmäkler" "Abschlussagent".

²¹ Vgl. zu den kantonalen Gewerbeetzen vorn, Quellen; der Entwurf zum BGB gliedert sich in 1) Allg. Vorschriften, 2) Wohnungsvermittlung, 3) Darlehensvermittlung, 4) Ehevermittlung und Eheanbahnung.

²² Vgl. dazu hinten S. 229ff.

²³ = Synonym zu Börsenmäkler, vgl. BGE 65 I 79f, Gautschi 418 N2; zur Bedeutung vgl. auch hinten S. 222.

²⁴ Zur Definition vgl. etwa bei Thilo p. 34f; Glaser/Warncke S. 113ff.

²⁵ Vgl. für die BRD Tonner, Verbraucherschutz, S. 20ff; hinten S. 10f.

²⁶ Ausgeprägt die Mitglieder des SVIT, vgl. Tarifordnung Sekt. Zürich, 1983; in der Romandie hat v.a. die Verknüpfung des ./.

Finanzierungsmakler ²⁷ (auch Darlehensvermittler) spielen in der Schweiz, im Gegensatz zu Deutschland, eine relativ untergeordnete Rolle, weil dieses Geschäft traditionell durch Banken und bank-ähnliche Institute beherrscht wird ²⁸.

Eine schweizerische Besonderheit stellen kantonale Regelungen über die Geschäftsagenten dar ²⁹. Nicht immer lässt sich die Tätigkeit des Mäklers von der des Geschäftsagenten klar unterscheiden. So ist im Kanton Aargau der Liegenschaftenvermittler als Geschäftsagent zu betrachten und demgemäss patentpflichtig. §1 GAqVO: "Als Geschäftsagent ist zu betrachten, wer gewerbsmässig folgende Geschäfte oder einzelne Arten derselben treibt: a) den gütlichen oder rechtlichen Einzug von Forderungen für Dritte (Inkasso), b) den Ankauf von Forderungen (Abtretungsgeschäft), c) die Entgegennahme und Besorgung von Anleihen (Leihgeschäft), d) andere ähnliche Rechtsgeschäfte..". Die ständige kantonale Rechtsprechung subsumiert Liegenschaftsmäkler unter Buchstabe

Vermittlerberufes mit dem des "gérant" Tradition; so nimmt etwa im Kt. Genf die "Société des Régisseurs" die Interessen beider Stände war, v.a. durch eine gemeinsame Tarifordnung; vgl. auch RVJ 1977 p. 365, wo es dem Mäkler misslang, im Rahmen einer Grundstücksvermittlung die Finanzierung sicherzustellen; Rep. 1970 p. 61 (Versicherungsvermittlung); für Deutschland vgl. Tonner, Verbraucherschutz, S. 23.

²⁷ Zur Differenzierung nach sog. echten Darlehensmaklern, die speziell zugeschnittene Darlehen vermitteln, und sog. Konsumkredit- sowie Anlagenvermittlern vgl. Marcks, S. 77, 79.

²⁸ Art. 2 Konk. verbietet es, vom Kreditnehmer oder Borger Mäklerlohn zu fordern; auf die besondere Problematik der Konsumkreditvermittlung wird im folgenden nicht eingegangen; vgl. dazu Giger, Kommentar zum geplanten Konsumkreditgesetz, Zürich 1980; für Deutschland Scholz, in MDR 1981, S. 361; Scholz, in MDR 1982, S. 711; Rühle S. 79ff; Reich vor §652 Rz 1; Glaser/Warncke S.70 - 85; BGH im MDR 1984, S. 204, 208; die Zahl der Kreditvermittler ist rückläufig, vgl. BB 1984, S. 1899f.

²⁹ In den Kantonen AG, ZH, GE, vgl. vorn, Quellen, A. II. 3.

d) ³⁰. Deutlicher ist dagegen die Abgrenzung in den Kantonen Zürich ³¹ und Genf ³² .

Spezialisierte Mäkler auf dem Gebiet der Wohnungsvermittlung sind in der Schweiz - im Gegensatz zu Deutschland ³³ - nur in geringer Zahl und konzentriert auf städtische Ballungszentren zu finden. In Zürich existierten am 25.11.1980 ganze 12 registrierte Wohnungsvermittlungsbüros ³⁴. Heute dürften es noch weniger sein, da einige nach Erlass des Wohnungsvermittlungsgesetzes von 1982 ihre Tätigkeit einstellen mussten oder nicht mehr um die Erteilung einer Bewilligung nachgesucht haben ³⁵. Der geringe Marktanteil ist nur zum Teil durch die Konkurrenz von staatlicher (Städtische Wohnungsvermittlung) und privater Seite (Treuhänder, Architekten, Generalunternehmer, etc) erklärbar. Die meisten Mietwohnungen scheinen direkt vom privaten Eigentümer oder dessen Liegenschaftsverwalter an den Mieter zu gehen ³⁶.

Die Arbeitsvermittlung wird in der Schweiz geregelt im Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung vom 22. Juni 1951. Darauf wird im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen. In Deutschland

³⁰ Vgl. VJS 44, 1944, Nr. 46, S. 151ff; zur Patentpflicht für Kreditvermittler: RechB OGer 1979/80 S.45; Bundesgerichtlichen Kriterien (BGE 65 I 65ff) hält dies nicht stand; immerhin hatte der Bundesrat seinerzeit (1900) diese Praxis noch klar gebilligt.

³¹ Vgl. § 2 des Gesetzes über die Geschäftsagenten, Liegenschaftsvermittler und Privatdetektive v. 16.5.1943.

³² "Agent d'affaires" et "Agents intermédiaires en fonds de commerce", art. 9, Loi sur les agents intermédiaires, 20.5.1950.

³³ Kritisch Tonner, Verbraucherschutz, v.a. S. 86ff, 139ff (zur kommunalen Wohnungsvermittlung), S. 186ff; Rechtsprechung bei Glaser/Warncke S. 85 bis 113.

³⁴ Bestandesaufnahme des Zürcher Justizdepartementes.

³⁵ Mündliche Auskunft von Herrn M. Gwelessiani, Sekretär beim kantonalen Justizdepartement des Kantons Zürich, vom 30.6.1984.

³⁶ Zum Stand der Gesetzgebung vgl. vorn Quellen.

besteht ein grundsätzliches Verbot der Betätigung von Handels- und Zivilmaklern auf dem Gebiet der Arbeits- und Stellenvermittlung ³⁷.

Ebenfalls nicht berücksichtigt werden die vielfältigen Fragen, die sich im Zusammenhang mit der Heiratsvermittlung stellen. Das Gesetz (OR 416) hält lediglich die Unklagbarkeit des Heiratsmäklerlohnanspruches fest.

2. Funktion

Die ökonomische Funktion des Mäklers ist die einer Informationszentrale ³⁸. Bei ihm konzentrieren sich Angebot und Nachfrage bezüglich bestimmter Handelsgüter. Er ist somit eigentlich selber "Markt". Er beschleunigt und erleichtert den Güterumsatz, ja ermöglicht diesen häufig erst ³⁹. "Primäres Ziel der Mäkelei ist das Ausfindigmachen korrespondierender Bedürfnisse. Der gute Mäkler ist umgänglich, gesellig, kennt jedermann, weiss alles, ist regsam und ideenreich. Er ist in seiner typischen Erscheinung Anreger und Anbahner..., wird häufig auch vermittelnd eingreifen, die Freude am Geschäft schüren, loben, zureden, animieren" ⁴⁰. Der Mäkler leistet Markterschliessung, Kontaktaufnahme, Beratung, Information, Interessenwahrung ⁴¹. Diesem Befund entspricht durchaus auch das Selbstverständnis der Mäkler ⁴². Er erbringt

³⁷ Vgl. Dehner §655; Schwerdtner S. 35 Rz 31; Zeidler vor §§ 93-104 Rz 7, Vermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit nach dem Arbeitsförderungsgesetz (Zeidler Anhang A5 Rz 1).

³⁸ Schwerdtner S. 8.

³⁹ Vgl. Guggenbühl S. 58.

⁴⁰ Von Büren S. 209.

⁴¹ Tonner, Verbraucherschutz S. 27; vgl. Glaser/Warncke S. 27.

⁴² Vgl. etwa die Umschreibung der Mäkler-Dienstleistungen in der Tarifordnung des SVIT, Sektion Zürich, S. 4 unter Punkt 3: "Die Liegenschaftenvermittlung umfasst im allgemeinen folgende Leistungen": Besichtigung und Prüfung des Objekts in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht (a - c, g, i); Entwurf und Aufgabe von Inseraten (d); umfassende Auskunftserteilung ./.

Leistungen, die bei beweglichen Gütern vom Gross- und Kleinhandel erbracht werden.

Dieser Vergleich hat vereinzelte deutsche Autoren, unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes, zu kritischen Fragen etwa nach der Stellung des Mäklers in der Absatzkette des "Gutes" Immobilien geführt ⁴³. Der Makler biete keineswegs eine selbständige Dienstleistung in dem Sinne an, dass Nachfrager und Anbieter eines bestimmten Gutes gleichermassen zu seinen Kunden gehörten. Von "neutraler" Mittlerposition könne nicht gesprochen werden⁴⁴; vielmehr sei er gewöhnlich als "Verkaufsagent der Verkäuferseite tätig" ⁴⁵. Eigentlicher Kunde des Mäklers sei der Käufer, der letztlich auch immer den Maklerlohn als verschleierte Kaufpreisbestandteil zahle. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass als Auftraggeber im Maklervertrag Käufer ebenso gut wie Verkäufer auftreten. Je nach vermitteltem Objekt wird der Maklervertrag eher vom "Abnehmer" oder vom "Lieferanten" geschlossen. Im Bereich der Wohnungsvermittlung ist es typischerweise der Wohnungssuchende (potentielle Mieter). Konkrete Zahlen darüber, in welchem prozentualen Verhältnis Verkäufer und Kaufinteressenten als Auftraggeber von Liegenschaftsmaklern auftreten, liegen nicht vor.

Der genannte gesellschaftspolitische und konsumentenschutzrechtliche Ansatz ist in verschiedener Hinsicht fragwürdig, so berechtigt manche Ueberlegungen sein mögen. Alte Zerrbilder des Maklerstandes werden aufgefrischt und sogar noch erweitert: Die Leistung des Mäklers sei nicht nur in den meisten Fällen überflüssig und schon deswegen nicht lohnwürdig, sondern grundsätz-

(e -f); Entwurf und Ausarbeitung des Kaufvertrags (h); Grundstücksgewinn-Steuerberatung (k).

⁴³ Vgl. insbesondere Tonner, Verbraucherschutz, S. 26ff; Reich, vor § 652 Rz 5.

⁴⁴ Tonner, Verbraucherschutz S. 34; Reich §§652-54 N 2; dagegen im HGB unbestritten, vgl. Zeidler S. 475 zu § 99 HGB; vgl. auch vorn Fn 16.

⁴⁵ Tonner, Verbraucherschutz, S. 34.

lich zu hoch bewertet und, wenn überhaupt, dann sicher nicht vom ohnehin schon belasteten und schutzbedürftigen Käufer zu entgelten.

Dem ist entgegenzuhalten, dass der Vermittlermarkt weitgehend klaglos funktioniert und die Leistungen der Mäkler stark gefragt sind ⁴⁶; dass die Preise, d.h. die Mäklerlöhne, auf vernünftigem Niveau stabilisiert sind und entweder der erbrachten Arbeitsleistung oder dem übernommenen Risiko entsprechen ⁴⁷; dass es ökonomisch durchaus folgerichtig ist, dass der Interessent/Käufer als Nachfrager letztlich bezahlt ⁴⁸.

3. Bedeutung und Organisation des Mäklerwesens

3.1. Bedeutung

Auf nationaler Ebene fehlen statistische Grundlagen im Bereich des Mäklerwesens völlig. Auch aus den von den Kantonen intern erarbeiteten Grundlagen für ihre Gewerbegesetzgebung lässt sich kein geschlossenes Bild gewinnen. Für die BRD erarbeitete Schätzungen mögen einen Eindruck der Bedeutung des Mäklerwesens geben, der jedoch nur bedingt auf Schweizer Verhältnisse übertragbar ist. Rund 20 000 angemeldete hauptberufliche Immobilienmäkler und 6 000 Finanzierungsvermittler erreichten Ende der 60er Jahre ein Umsatzvolumen von ungefähr 36 Mia DM. 65% aller geschlossenen Vermittlungsverträge betrafen Kaufverträge, 11% Miet- und Pachtverträge, 15% Hausverwaltungen und übrige 9% ⁴⁹. Kleinbetriebe herrschten vor: 1/3 aller Betriebe hatte 1972 nur 1 bis 2 Mitar-

⁴⁶ Hofstetter S. 124; Guggenbühl S. 59f: 70% aller Schweizer Liegenschaftengeschäfte seien durch Mäkler vermittelt.

⁴⁷ Vgl. dazu auch hinten S. 258f zu OR 417.

⁴⁸ Diese "Abwälzung" zu beklagen, ist unrealistisch; vgl. dazu Reich §§ 652-54 N 2; Werner § 652 Rz 5, 7; Schwerdtner S. 144 Rz 159ff; hinten S. 44ff.

⁴⁹ Tonner, Verbraucherschutz, S. 22.

beiter, 1/3 deren 2 bis 4, 1/3 mehr als 4 . Nur 7% aller Mäklerbetriebe beschäftigten mehr als 10 Mitarbeiter. Entsprechend wurde als Organisationsform vorwiegend die Einzelfirma gewählt (Schätzungen zwischen 75% und 90%) ⁵⁰.

3.2. Organisation

In Deutschland bemühen sich v.a die beiden grossen Berufsverbände "Ring Deutscher Makler" (Bundesverband Ring Deutscher Makler für Immobilien, Hypotheken und Finanzierungen (RDM) e.V.), sowie der "Verband Deutscher Makler" (Verband Deutscher Makler für Grundbesitz und Finanzierungen e.V. (VDM)) um die Wahrnehmung der Anliegen des Berufsstands, insbesondere durch ihre vom Bundeskartellamt abgesegneten Wettbewerbsregeln ⁵¹.

In der Schweiz sind die kantonalen Verbände der sechs westschweizerischen Kantone in der "URGCI" (Union Romande des gérants et courtiers en immeubles), einem Verein nach ZGB Art. 60 mit 534 Mitgliedern (Stand März 1985), zusammengeschlossen. Die Schwesterorganisation "SVIT" (Schweizerischer Verband der Immobilien-Treuhänder) deckt die übrige Schweiz ab ⁵². Dachorganisation ist die "SZIB" (Schweizerische Zentralstelle der Immobilien-Berufe). Vereinsexterne Bedeutung scheint den Verbänden primär auf kantonaler Ebene zuzukommen, wo "nos associations sont généralement consultées sur tous les projets législatifs concernant l'économie immobilière, soit au niveau des procédures administratives, soit par les autorités politiques" ⁵³. Auch die Erarbeitung von Musterverträgen ("contrats types") und von Tarifen ist eine kantonale Angelegenheit.

⁵⁰ Tonner, Verbraucherschutz, S. 22.

⁵¹ Vgl. bei Glaser/Warncke, S. 503ff.

⁵² Der SVIT ist in 9 Sektionen gegliedert und umfasste im Juni 1981 462 Mitglieder, exklusive Zürich; die Zürcher Sektion zählte im Januar 1984 allein 166 Mitglieder.

⁵³ Gemäss schriftlicher Auskunft von M. O. Bochet, secrétaire général de l'URGCI, vom 3. April 1985.

4. Anlass und Problemstellung dieser Arbeit

Trotz anerkannt erheblicher gesamtwirtschaftlicher Bedeutung herrscht in der Öffentlichkeit wie z.T. in Fachliteratur und Rechtsprechung ein unklares, ja diffuses Bild in bezug auf Beruf und Stellung des Mäklers. Folge und Ausdruck dessen ist die auf politischer, ökonomischer und rechtlicher Ebene unübersehbare Zurückhaltung gegenüber dem Vermittlerstand ⁵⁴, die politisch 1973 am Parteitag der deutschen Sozialdemokraten kulminierte, wo ein Antrag auf Erlass eines Berufsverbots für private Grundstücks- und Wohnungsvermittler angenommen wurde ⁵⁵. Auch die obligationenrechtliche Regelung ⁵⁶ ist vom traditionellen Miss-
trauen gegenüber dem Mäkler geprägt. Die Voraussetzungen der Entstehung der Provision sind streng, die Beweislast liegt voll beim Mäkler (Art. 413); Treuepflichtverletzung durch unerlaubte Doppeltätigkeit führt zu Verwirkung des Lohnanspruchs (Art. 415); Heiratsmäklerlohn ist unklagbar (Art. 416); die Provision ist nach Ermessen des Richters herabsetzbar (Art. 417). Man kann von einer Auftraggeber-Schutzregelung sprechen.

Problematisch ist zunächst, dass die Gründe für diese Unausgewo-
genheit vorwiegend emotionaler Natur ⁵⁷ zu sein scheinen; empi-

⁵⁴ Dass von Seiten der Mäkler selbst (v.a. der Verbände) nicht mehr Imagepflege betrieben wird, muss erstaunen. Dazu gehörte einerseits vermehrte Öffentlichkeitsarbeit, andererseits klare Distanzierung von schwarzen Schafen. Undurchsichtigkeit nützt primär dem Unseriösen.

⁵⁵ Tonner, Verbraucherschutz, S. 13; in der Schweiz wäre ähnliches wohl nicht denkbar.

⁵⁶ Ohne auf das kantonale Öffentliche Recht einzugehen; vgl. immerhin ZBl 86, 1985, S. 372ff, zur "Zutrauenswürdigkeit eines Geschäftsbagenten", die in casu verneint wurde, was ein 10-jähriges Berufsverbot rechtfertigte.

⁵⁷ Dies zeigt die Entstehungsgeschichte von OR 412ff deutlich, vgl. etwa zu OR 417 eingehend hinten S. 225ff; psychologisch dürften Missgunst und Neid derer, die zwar besitzen, aber ./.

risch erhärtete Grundlagen für eine derart unausgewogene Regelung fehlen weitgehend. Eine unvoreingenommene Analyse des "typischen" Verhältnisses Makler - Auftraggeber zeigt, dass nicht immer der Auftraggeber schutzbedürftig ist. Beispiele versuchter Umgehungen der (begründeten) Lohnzahlungspflicht liefert die Praxis zuhauf ⁵⁸. Sie stellen auch nach Aussage beteiligter Kreise ein ernstes Problem für den Berufsmäkler dar ⁵⁹. Auf die Frage, ob und wie sich ein seriöser Makler vor nicht vertrauenswürdigen Auftraggebern schützen könne, liefern das Gesetz und häufig auch die Gerichte nur unbefriedigende Antworten.

Hauptmerkmal der gesetzlichen Regelung ist jedoch die - dem Gesetzgeber bewusste ⁶⁰ - Lückenhaftigkeit und der Mangel an begrifflicher Präzision. Die weitgehend dispositive Natur der Artikel 412ff OR schafft einerseits viele - erwünschte - Freiräume, lässt aber andererseits (zu) viele Fragen offen, die von der Rechtsprechung im Einzelfall beantwortet werden müssen. Die Literatur zum schweizerischen Maklerrecht ist von unterschiedlicher

diesen Besitz nicht realisieren können, gegenüber dem geschäftsgewandten, über Kontakte verfügenden "Habenichtsen" eine starke Rolle spielen. Wer einen Vermittler braucht, hat häufig (vor sich selbst, wie auch objektiv betrachtet) in gewisser Weise versagt.

⁵⁸ Unveröffentlichter BGE v. 3.7.1973; ZR 78, 1979, Nr. 66; RVJ 1977, p. 359; SemJud 1977, p. 33ss; BGH, Urteil v. 21.12.1982, in MDR 1983, S. 417.

⁵⁹ Mündliche Aussage des Stadtzürcher Sekretärs des SVIT, Herrn M. Meier; vgl. schon Guggenbühl S. 143; die deutsche Rechtsprechung anerkennt denn z.T. auch ausdrücklich "das berechnete Interesse des Maklers, sich gegen willkürliche Verhaltensweisen seines Auftraggebers, für den er Zeit und Kosten aufgewandt hat, zu schützen", vgl. LG Kiel, Urt. v. 21.9.1984, in MDR 1985, S. 54.

⁶⁰ Motive zum BGB, vgl. bei Krüger-Doyé S. 24; für die Schweiz fraglich, da die Regelung weitgehend unkritisch übernommen wurde, vgl. etwa hinten zu OR 417, S. 227f.

Dichte und Aktualität ⁶¹.

Es drängt sich daher auf, die jüngere ⁶² Rechtsprechung des Bundesgerichts und der kantonalen Obergerichte kritisch und unvoreingenommen zusammenzustellen und zu analysieren. Wir konzentrieren uns dabei auf die zentralen Probleme der Entstehung und Höhe des Maklerlohns ⁶³.

Auf dogmatischer Ebene sind einige Grundfragen erneut aufzuwerfen (die Tragweite der Unterscheidung Nachweis - Vermittlung ⁶⁴; die Frage der Erfolgsbedingtheit des Maklervertrags ⁶⁵; die jederzeitige freie Widerruflichkeit ⁶⁶; Möglichkeiten und Durchführung der Provisionsherabsetzung ⁶⁷; etc.), aber auch neuere Tendenzen aufzuzeigen (AGB im Maklerrecht ⁶⁸; Zulässigkeit von "Provisionsgarantien" ⁶⁹; Verhältnis Bundeszivilrecht zu kantonalem öffentlichem Recht ⁷⁰; etc.). Insbesondere wird versucht, die

⁶¹ Hofstetter (1979) und Bucher, Best (1983) bleiben relativ knapp; die letzte breiter angelegte und gut fundierte Monographie datiert von 1951 (Guggenbühl).

⁶² V.a. seit 1945.

⁶³ Grundsätzlich ausgeklammert bleibt v.a. die dogmatisch und faktisch nur schwer fassbare Problematik der gegenseitigen Treuepflichten, bzw. deren Verletzung und der Verletzungsfolgen; hingewiesen sei hier lediglich auf die Sonderregelung von OR 415 (für die BRD BGB 654), der bei vertrags- oder treuwidriger Vermittlung für beide Seiten Verwirkung jeden Maklerlohnanspruchs, nicht bloss Schadenersatzpflicht, stipuliert.

⁶⁴ Hinten S. 66ff.

⁶⁵ Hinten S. 28ff.

⁶⁶ Hinten S. 148ff.

⁶⁷ Hinten S. 225ff.

⁶⁸ Hinten S. 42ff.

⁶⁹ Hinten S. 145ff.

⁷⁰ Hinten S. 208ff.

Möglichkeiten und Grenzen zulässiger Parteiabreden abzustekken ⁷¹. Anhand der Problemkreise des Verzichts auf das Erfordernis der Kausalität ⁷²; der Abbedingung der Widerruflichkeit ⁷³; der Exklusivklauseln ⁷⁴; der Haltbarkeit der vereinbarten Provision vor OR 417 (Herabsetzung) ⁷⁵; etc. soll der Frage nachgegangen werden, was "Vertragsfreiheit" im Mäklerrecht heute noch bedeute.

⁷¹ "...im Interesse der Rechtssicherheit ist es unbedingt erforderlich, für derartige Klauseln allgemeingültige, d.h. also über die Bedeutung des Einzelfalles hinausgehende objektive Auslegungsergebnisse zu erzielen", Krüger-Doyé S. 27.

⁷² Hinten S. 132ff.

⁷³ Hinten S. 162ff.

⁷⁴ Hinten S. 169ff.

⁷⁵ Hinten S. 225ff.

II. Der Mäklerlohn

1. Uebersicht

Entgeltlichkeit der Mäklerleistung in irgendeiner Form ist essentielle im Mäklervertrag gemäss OR 412 76. Für die Entschädigung 77 des Mäklers sind drei Fragen von zentraler Bedeutung:

- 1) Die Voraussetzungen der Entstehung der Entschädigungsforderung (Wann, unter welchen Bedingungen kann Entgelt gefordert werden?)
- 2) Die Art der Berechnung (Wie bemisst sich das Entgelt?)
- 3) Der Forderungsadressat (Von wem kann Entgelt gefordert werden?)

In dieser Uebersicht ist nur auf jene Punkte näher einzugehen, die nicht im folgenden (Abschnitt C und D) behandelt werden.

Zu 1): Zu unterscheiden sind sachliche und zeitliche Entstehungsvoraussetzungen:

a) Die grundlegende Frage ist, ob der Erfolg seiner Bemühungen im Sinne des Zustandekommens des geförderten und angestrebten Hauptvertrags zwischen seinem Auftraggeber und dem vermittelten oder beeinflussten Interessenten Bedingung für die Entstehung der Forderung des Mäklers war ⁷⁸. Erfolgserfordernis und Provision gehören regelmässig, aber nicht ausschliesslich ⁷⁹ zusammen. Ob und inwieweit eine Mäklerentschädigung, abgesehen von der Vereinbarung des Aufwendersersatzes, auch erfolgsunabhängig gestaltet werden kann, ist umstritten ⁸⁰. Auf jeden Fall vorausgesetzt

⁷⁶ Vgl. hinten S. 27f.

⁷⁷ Grundsätzlich in Geld, selten in Form von Sachleistungen; auf Schadenersatzleistungen aus Vertragsverletzungen des Auftraggebers ist hier nicht einzugehen.

⁷⁸ So nach OR 413 I mangels Parteiabrede; vgl. hinten S. 93ff.

⁷⁹ Vgl. auch Gautschi 413 N7; auch Aufwendersersatz kann erfolgsabhängig sein oder nicht.

⁸⁰ M.a.W.: Gibt es eine "erfolgsunabhängige Provision"? Dazu auch hinten S. 28ff.

bleibt - abgesehen vom Bestand eines Mäklervertrags überhaupt ⁸¹ - eine grundsätzlich erfolgsversprechende, eigentliche Mäklertätigkeit ⁸².

b) In zeitlicher Hinsicht ist v.a. die Frage der Fälligkeit des Entschädigungsanspruchs, die im Gesetz nicht geregelt ist, von Interesse. Sie unterliegt der Parteidisposition und ist, mangels Abrede, gegeben im Zeitpunkt der Erfüllung der vertraglichen oder gesetzlichen Entstehungsvoraussetzungen ⁸³.

Zu 2) Berechnungsart: Es bestehen zunächst zwei Möglichkeiten, die Entschädigung zu berechnen: Variable Gestaltung oder Festsetzung einer fixen Summe zum vornherein. Entscheidend ist jedoch die Berechnungsgrundlage. Wird Bezug genommen auf den Wert des vermittelten oder zu vermittelnden ⁸⁴ Geschäfts (a), oder auf den Wert der vom beauftragten Mäkler erbrachten Arbeitsleistung (b)? ⁸⁵

a) Ueblich ist variable Berechnung, v.a. in zwei Varianten. Vorwiegend wird die Entschädigung in Prozenten vom Wert des vermittelten Geschäfts (nicht nur des Objekts ⁸⁶) ausgedrückt. Man spricht traditionellerweise von Provision ⁸⁷. Bei Mehrerlös- oder Uebererlösversprechen ⁸⁸ soll jener Betrag des Wertes des

⁸¹ Vgl. hinten S. 33ff.

⁸² Auf die Frage von sog. Sondervergütungen für ausserhalb der eigentlichen Mäklertätigkeit liegende Aktivitäten ist unter C (Aufwendungsersatz), S. 54, einzugehen.

⁸³ Vgl. hinten S. 143f.

⁸⁴ Als Ausnahme, vgl. zur erfolgsunabhängigen Provision hinten S. 126, 144ff; i.d.R. wird vom effektiven Erfolg ausgegangen.

⁸⁵ Zu dieser grundlegenden Unterscheidung vgl. auch hinten zur Frage der Herabsetzung (OR 417), S. 238, 241, 255.

⁸⁶ Vgl. zur Problematik der Berechnungsbasis ZR 80, 1981, Nr. 34, S. 103ff; hinten S. 197.

⁸⁷ Dieser Ausdruck ("commission") hat sich im allg. Sprachgebrauch wie in der Literatur und Rechtsprechung durchgesetzt, obwohl ihn das OR nicht verwendet; vgl. hinten S. 65ff.

⁸⁸ Dazu Guggenbühl S. 172ff.

Gesamtgeschäfts, um den eine im vornherein festgelegte Grenze überschritten wird, dem Makler ganz oder teilweise ⁸⁹ zufallen ⁹⁰.

b) Bei Bezugnahme auf die Arbeitsleistung spricht man von Aufwendungsersatz ⁹¹. Er kann variabel, d.h. nach dem effektiven, nachgewiesenen Aufwand bemessen werden, oder - häufig - als Pauschale. Bezahlung vor Leistung (Bevorschussung) bedeutet im Zweifel Akontozahlung an Provision, nicht Spesenvorschuss ⁹².

Zu 3) Forderungsadressat: Schuldner der Maklerentschädigung ist grundsätzlich der Auftraggeber ⁹³ als Partner im Maklervertragsverhältnis. Durch Vertrag zugunsten Dritter oder Schuldübernahme kann jedoch auch der Hauptvertragspartner als Schuldner belangt werden ⁹⁴. Ob und wann die Vergütungspflicht rein ökonomisch (etwa durch Einbezug in den Kaufpreis) "überwälzt" wird, ist für den Makler juristisch irrelevant ⁹⁵.

⁸⁹ Vgl. unveröffentlichter BGE v.17.4.1968: Mindestpreis Fr. 25.- pro m²; Mehrerlös bis Fr.27.- an Makler, darüber an Verkäufer.

⁹⁰ Ob dies eine Form der "Gewinnbeteiligung" sei, ist m.E. unerheblich; vgl. so BJM 1960, S. 117; Turrettini p. 80; Gautschi 413 N 2c.

⁹¹ Vgl. dazu hinten S. 54ff; das OR verwendet ausschliesslich diesen Begriff (Art. 413III, 415), obwohl primär Auslagenersatz gemeint sein dürfte, vgl. hinten S. 60ff.

⁹² A.A. Guggenbühl S. 180.

⁹³ Anbieter oder Nachfrager; eine Beschränkung besteht für die Kreditvermittlung, vgl. vorn S. 6 Fn 28; der - öffentlich-rechtliche - Begriff des Auftraggebers in der MaBV erfasst nur den Nachfrager. Beim Anbieter (Verkäufer/Vermieter, etc.) "wird unterstellt, dass er ausreichende Geschäftserfahrung hat, um Schädigungen seines Vermögens zu verhindern", Marcks S. 145.

⁹⁴ Vgl. dazu hinten S. 49ff; ein Treueverhältnis besteht auch gegenüber dem Nichtauftraggeber, vgl. etwa Zeidler § 93 Fn 16.

⁹⁵ Vgl. vorn S. 10.

2. Zum Begriff des Mäklerlohns im OR

In OR Art. 412-418 werden insgesamt vier Begriffe zur Bezeichnung der Entschädigung des Mäklers verwendet. Problematisch und unklar ist nicht nur der Terminus "Ersatz für Aufwendungen" ⁹⁶ (Art. 413 III), fraglich ist ebenso der Sinngehalt der Begriffe "Vergütung" (Art. 412 I, 414), "Mäklerlohn" (Art. 413 I, II, 416, 417), und "Lohn" (Art. 414, 415). Nach Gautschi ⁹⁷ seien diese Begriffe synonym verwendet. Von Büren kritisiert zwar die Verwendung des Begriffs "Vergütung" ⁹⁸, versteht aber das Gesetz ebenfalls so, dass immer erfolgsbezogener Ersatz, in der Regel Provision, gemeint sei. Der Beizug der französischen ⁹⁹ und italienischen ¹⁰⁰ Fassung ergibt ebensowenig Aufklärung wie derjenige des BGB ¹⁰¹.

Auf die Wortwahl kann infolge ihrer augenscheinlichen Zufälligkeit jeweils nicht abgestellt werden. Dagegen ergibt die Auslegung der einzelnen Bestimmungen nach Sinn und Zweck durchaus unterschiedliche Tragweiten, indem teilweise umfassend Provisions- und Aufwendungsersatzanspruch (so in Art. 412 I, 414, 416 ¹⁰², 417), teilweise nur Provision, im Gegensatz zu Aufwendungsersatz, gemeint ist (so in Art. 413 I, II) ¹⁰³.

⁹⁶ Vgl. hinten S. 54.

⁹⁷ Zu Art. 413 N 1a.

⁹⁸ S. 204, v.a. FN 3. Von Büren unterscheidet grundsätzlich zwischen Belohnung nach Verdienst (gleich Provision) und Vergütung nach Aufwand; der Mäklervertrag sei Belohnungsvertrag.

⁹⁹ Durchwegs "salaire", dazu "rémunération" in Art. 414, 415.

¹⁰⁰ "Mercede", dazu in Art. 415 "ricompensa".

¹⁰¹ §§ 652 - 656 verwenden die gleichen Bezeichnungen wie die deutsche Fassung des OR, aber nicht in den entsprechenden Paragraphen. ¹⁰² Vgl. ZR 70, 1971, Nr. 58, S. 163ff; fragwürdig die Bemerkung, OR 413 III bringe ein "wesensfremdes Element" in die Ordnung des Mäklervertrages und sei bei OR 416 nicht anwendbar.

¹⁰³ Zur Bezeichnung der Entschädigung vgl. das sprachwissenschaftliche Gutachten von Kandler in AIZ 1960, S. 148ff.

B. Anwendbarkeit des Maklervertragsrechts

I. Maklervertrag nach Art. 412 OR

1. Systematische Eingliederung

Die Zuordnung eines bestimmten Vertrags unter den Typus "Maklervertrag" und die Anwendbarkeit der OR Art. 412ff wurde vom Gesetzgeber 1911 nicht restlos, geklärt ¹.

Einerseits ist der Aufbau des OR unmissverständlich: 13. Titel: Der Auftrag; 3. Abschnitt: Der Maklervertrag; A. Begriff und Form: Art. 412. Der Maklervertrag ist einerseits eigenständiger Nominatsvertrag, anderseits im weiteren Sinne Auftrag (auftragsähnliches Vertragsverhältnis ²), dies im Gegensatz zum BGB (contractus sui generis ³). Bereits das aOR von 1881 folgte diesbezüglich dem sonst häufig begleitenden Dresdner Entwurf von 1866 nicht. AOR Art. 405 war integriert in den Abschnitt über den Auftrag. Auch die Revision brachte keine Abkoppelung vom Recht des einfachen Auftrags, obschon materiell und formell weitgehend die Regelung des BGB übernommen wurde.

Anderseits bestimmt OR 412 II ausdrücklich, die Vorschriften über den einfachen Auftrag seien im allgemeinen auf den Maklervertrag anwendbar. Offen bleibt, wieweit Auftragsrecht auch dort zur Anwendung kommen kann oder soll, wo sich angesichts der besonderen Situation im Maklervertrag eine andere Lösung aufdrängen würde. Gilt Auftragsrecht nur, soweit diese Vorschriften nicht mit dem Wesen des spezifischen Maklervertragsverhältnis unvereinbar oder zumindest nur schlecht vereinbar sind? Oder gilt die Verweisung des Abs. 2 tel quel, unbeschränkt? ⁴

¹ Vgl. etwa Guggenbühl S. 27f.

² Anders von Büren S. 203ff, der eigenwillig und einengend von "Belohnungsvertrag" spricht.

³ Achter Titel. Maklervertrag. §§ 652 - 656.

⁴ Vgl. Guggenbühl S. 45; für strikte Unterstellung Gautschi 412 N 4d.

Eine alle Elemente berücksichtigende Auslegung muss zur Ablehnung der zweiten These führen ⁵. Historisch lässt sie sich nicht begründen; die Materialien enthalten keine klaren Aussagen zur Tragweite der Bestimmung ⁶. Eindeutig ist dagegen das Resultat unter teleologischen Gesichtspunkten ⁷. Schon wegen des z.T. geradezu gegensätzlichen Charakters der beiden Vertragsverhältnisse kann vorbehaltlose, unbedingte Unterstellung unter das Recht des einfachen Auftrags nicht Ziel und Zweck von OR 412 II sein. Dies zeigt sich beim Vergleich einiger Einzelfragen: Die Regelung der Entlohnung ist im Mäklervertrag zentral (OR 413 - 417). Beim ursprünglich unentgeltlichen Auftrag ist lediglich in OR 402 I der Aufwendersatz (knapp) geregelt. Die Bestimmungen des OR 401 (Legalzession, Aussonderungsrecht), die sich aus der Stellvertreter-Stellung des Beauftragten erklären, sind für den Mäkler, der gerade nicht Stellvertreter ist, irrelevant. Anderen Normen, die im Mäklervertragsrecht fehlen (Treue- und Sorgfaltpflicht), im Auftragsrecht aber geregelt sind, (OR 398, 399) liegt klarerweise ein völlig verschiedenes Leistungsverhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragten bzw. Mäkler zugrunde. - Konsequenzen zeitigt diese Stellungnahme zu OR 412 II v.a. bei der Frage der Vertragsbeendigung durch Widerruf des Auftraggebers (OR 404) ⁸.

2. Rechtsnatur

Soweit es bei der Frage der Rechtsnatur des Mäklervertrags darum geht, die gegenseitigen Leistungspflichten der Vertragspartner zu bestimmen, lässt sich im Hinblick auf die Vielzahl der Ausgestaltungsmöglichkeiten des Mäklervertrags keine generelle Aussage

⁵ So jetzt auch, en passant, das BGer in BGE 110 II 277.

⁶ Unklar auch Huber, Sten Bull NR 1910 S. 356; der Mäklervertrag bleibt jedenfalls ein im Sinne Jäggis "schwacher" Schuldvertrag, vgl. Schönenberger/Jäggi N 118.

⁷ Vgl. Guggenbühl S. 46ff; ZR 42, 1943, Nr. 49, S. 167ff.

⁸ Vgl. dazu S. 148ff.

machen. Aus OR 412 I ergeben sich weder Hinweise noch Schranken⁹. Die Frage, ob der Mäklervertrag einseitig, unvollkommen zweiseitig oder vollkommen zweiseitig (synallagmatisch) sei, ist in jedem Einzelfall zu beurteilen¹⁰.

Ein System, das einzelne Mäklervertragstypen gesetzlich zwingend definiert, sieht dagegen der Entwurf zum deutschen Maklerrecht vor. Der gewöhnliche Maklervertrag soll als einseitiger Vertrag, der Alleinauftrag als unvollkommen zweiseitiger, der Eheanbahnungsvertrag als gegenseitiger, d.h. synallagmatischer Vertrag (Maklerdienstvertrag) ausgestaltet werden¹¹.

Die Bedeutung der dogmatischen Einordnung als ein- oder zweiseitiger Vertrag erschöpft sich im Ausschluss einzelner Mäklervertragsverhältnisse vom Anwendungsbereich derjenigen Normen des allgemeinen Teils des OR, die nur auf synallagmatische Vertragsverhältnisse zugeschnitten sind¹². Da deren praktische Bedeutung im Mäklerrecht gering ist, sei nur nebenbei erwähnt, dass ein vom dispositiven Gesetzesrecht beherrschter Mäklervertrag nach herrschender schweizerischer Lehre¹³ als unvollkommen zweiseitiger Vertrag verstanden wird¹⁴, während eine Minderheit ein einseitiges Vertragsverhältnis annimmt¹⁵. Wird dem Mäkler ausdrücklich oder konkludent Tätigkeitspflicht auferlegt, ist von einem synallagmatischen Vertrag auszugehen¹⁶.

⁹ Thilo p. 36, der bei vollkommen zweiseitiger Ausgestaltung keinen Mäklervertrag mehr annimmt, sondern einen eigenen Vertrag, der sich dem Werkvertrag annähert; vgl. Schönenberger/Jäggi N 118.

¹⁰ Zur Unterscheidung an sich vgl. von Tuhr/Siegwart/Peter S.149.

¹¹ Vgl. Vollkommer S. 671.

¹² Vgl. von Tuhr/Siegwart/Peter S. 150; OR 82, 83, 107ff, 119.

¹³ Die Rechtsprechung hat sich kaum dazu geäußert.

¹⁴ Hofstetter S. 124; Becker 412 N 1, 4, 16; Guggenbühl S. 39; Turrettini p. 42; Thilo p. 35; der Mäkler hat keine Tätigkeits-, aber Treuepflichten.

¹⁵ Vgl. bei Guggenbühl S. 31f.

¹⁶ So auch die herrschende deutsche Lehre zum Alleinauftrag, vgl. Schwerdtner S. 174 Rz 187.

3. Essentialia (objektiv wesentliche Vertragspunkte ¹⁷)

3.1. Vorbemerkung

Wegen der Offenheit des Mäklervertrags gestaltet sich die Subsumtion unter OR 412 oft schwierig.

Aus theoretischer Sicht ist zunächst ein Entscheid zugunsten eines klassenlogischen oder typologischen Verständnisses der Essentialia zu fällen. Davon hängt der Anwendungsbereich des Vertragstypenrechts entscheidend ab. Klassenlogisch gilt das "entweder-oder"-Prinzip. Auf individuelle Züge ausserhalb der essentialia wird nicht Rücksicht genommen ¹⁸. Nach dem typologischen Ansatz tritt eine Zuordnung nach Wertungsgesichtspunkten an die Stelle der reinen Subsumtion, und eine "Typenreihe mit fließenden Uebergängen" an die Stelle des entweder-oder. Die Zuordnung ist solange möglich, als durch eine individuelle Ausgestaltung des konkreten Vertrages der Charakter des gesetzlichen Vertragstypus nicht so stark verändert wird, dass gleichsam "die Individualisierung den Typus sprengt" ¹⁹ und ihn ins Atypische umschlagen lässt.

Dem Dualismus entspricht letztlich derjenige von Rechtssicherheit und Sachgerechtigkeit. Anzustreben ist, wenn möglich, beides zugleich. Ohne vertieft darauf eingehen zu können, ziehe ich folgende Lösung vor:

Auf der Ebene der Vertragstypus-Zuordnung ist klassenlogisch zu subsumieren. Rechtssicherheit hat absoluten Vorrang. Es gibt keine praktikablen typologischen Patentrezepte ²⁰.

¹⁷ Schönenberger/Jäggi N 84: Sie umfassen den Geschäftskern, also "das und nur das, was nach den Umständen gerade genügt, um ein sinnvolles Ganzes darzustellen"; von Tuhr/Siegwart/Peter S. 155; zur Frage subjektiv wesentlicher Punkte vgl. etwa ZR 78, 1979, S. 143ff: Provisionshöhe als Hauptpunkt.

¹⁸ Vgl. Schluep, Innominatverträge, S. 771.

¹⁹ Schluep, Innominatverträge, S. 790; Bucher, Best, S. 15ff; Bucher, 100 Jahre OR, S. 319 Fn 73: "Konsens-Minimum".

²⁰ Schluep, Innominatverträge, S. 808.

Innerhalb des Typus ist aber Flexibilität am Platz, v.a. für die Fragen der Vertragsergänzung und des Anwendungsbereichs zwingender Normen. Gerechte Einzelfalllösung geht vor. Auszugehen ist von der Interessenlage in jedem konkreten Einzelfall ²¹. Individuell gestaltete (anormale) Mäklerverträge sind nach Vertrauensprinzip zu ergänzen, nicht nach Vertragstypenrecht ²². Der "Normalmäklervertrag" ²³ dient lediglich als Vergleichsbasis für den konkreten Mäklervertrag, auf den je nach Entfernung von diesem die gesetzliche Ergänzungsordnung noch anwendbar ist oder nicht.

3.2. Art. 412 Abs. 1 OR

3.2.1. Nachweis- oder Vermittlungsauftrag

Das Gesetz verlangt zunächst einen "Auftrag" des Auftraggebers an den Mäkler, ihm "Gelegenheit zum Abschlusse eines Vertrages nachzuweisen oder den Abschluss eines Vertrages zu vermitteln".

Die Verwendung des in BGB 652 fehlenden Begriffs "Auftrag" ist verwirrend. Er erklärt sich wohl aus dem historisch engen Verhältnis zwischen Mäklervertrag und reinem Auftrag im Schweizer Recht ²⁴. Auftrag kann aber sinnvollerweise nicht im Sinne des OR 394 I, also eines Vertragsverhältnisses, gemeint sein ²⁵, sondern

²¹ Vgl. v.a. die Kontroverse um OR 404, hinten S. 148ff; vgl. auch Bucher, 100 Jahre OR, S. 320ff: anderer Ansatz: Zuordnung überhaupt nur auf der Stufe der gesetzlichen Einzelanordnung, d.h. Vertragstypen-Unterstellung als solche findet gar nicht statt.

²² Vgl. Schluep, Innominatverträge, S. 786, 793.

²³ Verstanden als Mäklervertrag ohne Parteiabreden, die entweder die dispositiven Normen des OR verdrängen (Bsp. "Provisionsgarantie", vgl. S. 144ff), oder in anderer Weise den Mäklervertrag zu einem atypischen machen (Bsp. Exklusivklausel, vgl. S. 169ff).

²⁴ Vgl. vorn S. 20.

²⁵ Unklar Guggenbühl S. 46.

ist im Sinne des normalen, laienhaften Sprachgebrauchs zu verstehen, als Umschreibung der vom Mäkler erwarteten Tätigkeit. Mäkler ist jede Person, die in der gesetzlich beschriebenen Art tätig werden soll. Der Einwand, ein Mäklervertrag könne deshalb nicht zustande kommen, weil der beauftragte Vermittler nicht Mäkler im Sinne des Gesetzes sei, ist verfehlt ²⁶. Kantonale öffentlich-rechtliche Normen, die eigene Definitionen des Mäklerbegriffs enthalten, legen dadurch einzig den Anwendungsbereich des kantonalen Gewerberechts fest.

Aufgrund der gesetzlichen Formulierung bleibt unklar, ob notwendigerweise klar und eindeutig entweder Nachweistätigkeit oder Vermittlungstätigkeit vereinbart werden müsse, oder ob dies, im Sinne einer "Alternativobliegenheit" ²⁷, offen gelassen werden kann. Das Bundesgericht ist der Auffassung, "welche Tätigkeit der Mäkler zu entfalten hat, um den versprochenen Lohn zu verdienen, ist ein wesentlicher Punkt. Der Mäklervertrag ist daher gemäss OR 2 nur verbindlich, wenn die Parteien über diesen Punkt einig wurden" ²⁸.

Meines Erachtens ist jedoch zunächst die Frage, ob im Rahmen der Prüfung der Provisionsvoraussetzungen des OR 413 der Nachweis des Geschäftes bereits genüge, damit der Mäklerlohn verdient sei, oder ob der Auftraggeber einwenden könne, es sei eine über den blossen Nachweis hinausgehende Tätigkeit verabredet gewesen, von der Frage, ob ein Mäklervertrag überhaupt vorliegt, strikt zu unterscheiden ²⁹.

Sodann ist - was der Gesetzgeber unglücklicherweise nicht getan hat - klar zwischen dem Begriff der Mäklertätigkeit (Art des Tätigwerdens) und dem Umfang dieser Tätigkeit zu unterschei-

²⁶ Richtig OGer Liechtenstein, Urteil v. 15.11.1979, in LES 1980/81 S. 232, 236f.

²⁷ Keine Tätigkeitspflicht, vgl. vorn S. 22 Fn 14; zum Begriff der Alternativobligation vgl. von Tuhr/Siegwart/Peter S. 77ff, 79.

²⁸ BGE 90 II 92ff, 103 E6; kritisiert auch von Bucher AT S. 100.

²⁹ Dazu hinten S. 70ff.

den. Bei der Formulierung der typwesentlichen Merkmale des Mäklervertrags geht es offensichtlich darum, die Art der Tätigkeit des Mäklers und seine Stellung von derjenigen eines Beauftragten i.S. von OR 394ff, also letztlich zwischen Vermittler und (vermutungsweise) Vertreter ³⁰, abzugrenzen.

Für diese Unterscheidung genügt es, dass der Beauftragte ein Geschäft nachweist oder vermittelt, um dessen Tätigkeit als Mäklertätigkeit und ihn als Mäkler zu qualifizieren. Entscheidend ist seine Stellung zwischen den Parteien. Der Mäkler steht jedenfalls ausserhalb ihrer gegenseitigen Vertragsbeziehungen ³¹. Inwieweit er "neutral" ist, d.h. in der Mitte zwischen den beiden Vertragsparteien steht, ist eine andere Frage ³².

Welchen Umfang die Tätigkeit des Mäklers hat, ob es beim "Nur"-Nachweisen bleibt, oder ob eine eigentliche Vermittlertätigkeit notwendig oder gewünscht ist, kann sich durchaus erst zu einem späteren Zeitpunkt entscheiden. Es liegt u.U. geradezu im Interesse der Parteien, dies vorläufig offenzulassen. Nichtsdestoweniger kann Klarheit darüber bestehen, dass von der Art her eine Mäklertätigkeit, i.S. einer rein tatsächlichen Dienstleistung (für die keine Vollmacht notwendig ist), verlangt wird.

³⁰ Deutlich Gautschi, Vorbemerkungen zum Mäklervertrag, N 2.

³¹ Ausnahme: Vertrag zugunsten Dritter, vgl. S. 52f.

³² Vgl. vorn S. 9; im deutschen HGB zwingend; grundsätzlich bindet ihn natürlich schon die Tatsache, dass er regelmässig nur mit dem Auftraggeber in Vertragsbeziehungen steht, enger an diesen; insbesondere sind die Treuepflichten ihm gegenüber stärker. Daraus kann aber nicht abgeleitet werden, der Mäkler hafte dafür, dass auf jeden Fall die für seinen Auftraggeber günstigste Lösung getroffen wird. Dafür ist der Auftraggeber selbst verantwortlich. Der Mäkler haftet allenfalls für falsche Auskunft, vgl. Urt. des BGer vom 31.1.1984 in SemJud 1985 p.69ss, wo der Mäkler, ausdrücklich danach befragt, verkannte, dass die gewählte Lösung (Liegenschaftenverkauf durch die AG statt Verkauf der Aktien) steuerlich katastrophale Folgen haben musste.

3.2.2. Entgeltlichkeit

Im Schweizer Recht ist unbestritten, dass der Mäklervertrag zwingend entgeltlich sein muss ("gegen eine Vergütung") ³³. Vergütung umfasst begrifflich sowohl die eigentliche Mäklerprovision (Erfolgshonorar, "Mäklerlohn" i.S. von OR 413, 416, 417) als auch Aufwendungsersatz (OR 413 III) ³⁴. Ueblich ist Geldleistung, möglich aber auch Leistung an Erfüllung statt, z.B. Zusage späterer Bauaufträge ³⁵.

Die Vergütung ist vom Auftraggeber zu versprechen. Diesem Erfordernis genügt nicht, dass Mäkler und Auftraggeber übereinkommen, die Provision sei ausschliesslich vom Interessenten zu bezahlen, ausser bei Abschluss eines Garantievertrags (OR 111) zwischen Mäkler und Auftraggeber. Letzterer hat es zudem regelmässig in der Hand, im Hauptvertrag (aber von diesem unterscheidbar) den Vertragspartner (Interessenten) zur Leistung (ganz oder teilweise) an den Mäkler zu verpflichten, indem er Schuldübernahme (OR 175 oder 176) oder den Abschluss eines Vertrages zugunsten des Mäklers (OR 112) verlangt ³⁶. Damit ist dem Erfordernis der Entgeltlichkeit seitens des Auftraggebers entsprochen: Schuldübernahme setzt eine Schuld des Auftraggebers voraus; im Fall des Vertrags zugunsten des Mäklers darf allerdings der Auftraggeber den Interessenten schon vor der Erklärung des Mäklers diesem gegenüber, er mache von seinem Recht Gebrauch, nicht mehr "entbinden" (OR 112 III), es sei denn, seine eigene Verpflichtung gegenüber dem Mäkler (Vergütungsversprechen) stünde ausser Zweifel. Zwischen dem Interessenten und dem Mäkler fehlt im übrigen häufig jedes obligationenrechtliche Verhältnis ³⁷. Ein unent-

³³ Vgl. BGE 103 IV 208, 211; ZR 63, 1964, S. 33: Bestimmbarkeit nach den Umständen genügt.

³⁴ Vgl. vorn S. 17f.

³⁵ Vgl. Bilda, in MDR 1977, S. 540.

³⁶ Siehe hinten S. 49ff, 52.

³⁷ Cour de Justice, 5.3.1982, in SemJud 1982, p. 428: "Le courtier qui, pour le compte de son client, discute avec un ./.

geltlicher Auftrag liegt allenfalls dann vor, wenn sich der Mäkler dem Interessenten gegenüber verpflichtet, "die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen" (OR 394).

Im deutschen Recht wird Entgelt als verzichtbar betrachtet. Das Provisionsversprechen sei lediglich Rechtsfolge des Maklervertrags, nicht aber Voraussetzung seines Zustandekommens, und als solches abdingbar ³⁸. BGB 653 I enthalte eine gesetzliche Vermutung für die Entgeltlichkeit des Maklervertrags ³⁹; der Auftraggeber trage die Beweislast für die behauptete Unentgeltlichkeit ⁴⁰.

3.2.3. Erfolgsbedingtheit als Essentiale?

Die h.L. und Rechtsprechung geht davon aus, als drittes essentielles Qualifikationsmerkmal sei die Erfolgsbedingtheit des

intéressé de la conclusion d'une affaire, ne conclut aucun contrat (mandat ou courtage) avec ce dernier, à moins qu'il lui eût promis des services autres que ceux qu'il était tenu de fournir à son mandant"; vgl. auch PKG 1963, S. 84ff, 87.

³⁸ Schwerdtner S. 26 Rz 20; wo keine Provision versprochen ist, sei aber im Interesse der Beteiligten dennoch ein Maklervertrag anzunehmen; widersprüchlich auch Rz 26 S.31: Zustandekommen setze voraus, dass Einigung über Bestehen oder Nichtbestehen der Provisionspflicht bestehe; vgl. BGH, Urt. v. 12.2.1981, in MDR 1981, S. 653 Nr. 27; andererseits ist nach deutscher Auffassung die Entschliessungsfreiheit des Auftraggebers ein essentielle, vgl. BGH, Urt. v. 20.3.1985, in NJW 1985, S. 2478; vgl. hinten S. 137.

³⁹ Baumgärtel S. 486 Rz 1.

⁴⁰ Baumgärtel S. 487 Rz 2; für zwingende Entgeltlichkeit dagegen Werner, Jur. Analysen, S. 372.

Mäklerlohnanspruches zu betrachten ⁴¹. Ohne Erfolgsprovision sei kein Mäklervertrag denkbar ⁴². Aus OR 412, der nur die Entgeltlichkeit an sich festhält, lasse sich zwar nichts herleiten; jedoch sei für die Frage der essentialia OR 413 miteinzubeziehen ⁴³.

Diese Argumentation ist fragwürdig ⁴⁴. OR 413 enthält dispositives, vertragslückenfüllendes Recht. Nur, falls die Parteien nichts anderes vereinbart haben, ist der Mäklerlohn erst verdient, wenn der Hauptvertrag zustandegekommen ist, also bei Erfolg der mäklerischen Bemühungen. Für den Aufwendungsersatz bestimmt OR 413 III ausdrücklich, dass dieser auch im Falle eines Misserfolgs verlangt werden kann, sofern vertraglich zugesichert. Problematisch wird bei dieser Ansicht auch die Lösung der Frage der Zulässigkeit von "Provisionsgarantien" ⁴⁵.

M.E. ist allein auf die Auslegung von OR 412 I abzustellen. Eindeutig abzuleiten sind daraus aber nur die essentialia des "Mäklerauftrags" sowie der Entgeltlichkeit ("Vergütung").

Selbstverständlich ist, dass die Tätigkeit des Mäklers (zu der er nicht verpflichtet ist) auf Erfolg i.S. des Zustandekommens des Hauptvertrags ausgerichtet sein muss, wenn er Mäklerlohn verdienen will: Andernfalls fehlte es bereits am "auftragsgemässen"

⁴¹ Gautschi 412 N 3a (mit Rspr.-Hinweisen); Antognazza S. 1; Bucher S. 169; so auch im deutschen Recht, vgl. Schwerdtner, Kommentar, §652 Rz 10; BGH, Urt. v. 20.3.1985, in NJW 1985, S. 2477f.

⁴² Guggenbühl S. 25f.

⁴³ So Gautschi 412 N 3a.

⁴⁴ Die deutsche Lehre, die aufgrund der Formulierung von BGB 652 viel eher Grund hätte, im Erfolgsmerkmal ein essentielle zu sehen, scheint dies abzulehnen, vgl. etwa Glaser/Warncke S. 34; Krüger-Doyé S. 130; anders wird die Situation im zukünftigen Maklerrecht, wo auf das Erfordernis ausdrücklich nicht mehr verzichtet werden darf, vgl. Vollkommer S. 667.

⁴⁵ Vgl. hinten S. 144ff; konsequent einzig Gautschi, der erfolgsunabhängige Provisionen für unzulässig hält, 412 N 3b.

Tätigwerden. Erfolg ist aber lediglich subsidiär Provisionsvoraussetzung; OR 413 ist dispositives Recht. Daraus ergibt sich keineswegs, dass Erfolgsbezogenheit auch (selbständiges) essentielle für die Entstehung des Mäklervertrags in dem Sinne ist, dass ohne (Erfolgs-)Provisionsabrede ein solcher gar nicht vorläge ⁴⁶. Das Kriterium der Erfolgsbezogenheit ist höchstens indirekt im essentielle "Mäklerauftrag" enthalten, insofern als jede Vermittlertätigkeit begrifflich darauf ausgerichtet sein muss, das Zustandekommen eines Vertrags zwischen Dritten zu fördern. Die Vergütung kann dagegen sowohl erfolgsbedingt (Normalfall: "Provision") wie auch erfolgsunabhängig (v.a. Aufwendungsersatz) oder kombiniert versprochen werden. Theoretisch läge selbst dann noch ein Mäklervertrag vor, wenn Vergütung nur bei Misserfolg, nicht aber bei Erfolg versprochen worden wäre. Mit der Ablehnung des Kriteriums der Erfolgsbedingtheit als selbständiges essentielle ist gleichzeitig klargestellt, dass es keine Minimalanforderungen an den sog. "aleatorischen Charakter" des Mäklervertrags geben kann ⁴⁷. Durch die Abbedingung des Erfolgsfordernisses als Provisionsvoraussetzung wird lediglich das Risiko des Mäklers, leer auszugehen, vermindert.

4. Exkurs: Telefonvermittlergeschäft

Auf dem Platz Zürich hat sich seit kurzem eine neue Form der Vermittlung etabliert, die zu expandieren scheint. Sie nennt sich "SWOP, der Zürcher Telefonmarkt" und wendet sich an potentielle Käufer/Mieter bzw. Verkäufer/Vermieter beliebiger Objekte. Der Anbieter kann (telefonisch) gegen eine fixe, nach Objektswert gestaffelte ⁴⁸ Gebühr sein Angebot für 60 Tage in der zentralen

⁴⁶ So Gautschi 412 N 3a.

⁴⁷ Vgl. bei Guggenbühl S. 28ff; hinten S. 93ff zur Frage der Parteiabreden bezüglich der Erfolgsvoraussetzung, sowie zur Herabsetzung, S. 258.

⁴⁸ Für Verkäufe im Vertragswert von Fr. 700.- beträgt die Gebühr Fr 20.- (2,8%); bei einem Wert von Fr. 89,000.-- Fr. 100.- (0,9%); für Vermietungen, Stellenangebote, Dienstleistungen ./.

Datenbank des Vermittlungsunternehmens speichern lassen. Dieses verspricht, sein Angebot an jene Nachfrager zu übermitteln, die ein entsprechendes Objekt (telefonisch) suchen. Gegen Aufpreis werden Sonderleistungen angeboten ⁴⁹. Für den Kauf- oder Mietinteressenten ist die Vermittlung, von der Telefntaxe abgesehen, kostenlos.

Von mäklerrechtlichem Interesse ist die Beziehung Anbieter (Auftraggeber) - Vermittler. Liegt einfacher Auftrag ⁵⁰ oder Mäklervertrag vor?

Das essentielle der Entgeltlichkeit ist gegeben, wenn auch die Berechnung auf der Basis einer Gebührentabelle mit Fixpreisen für Mäklergeschäfte unüblich ist. Das (erfolgsunabhängig geschuldete) Entgelt wird bezahlt für die Zurverfügungstellung der Speicherkapazität im Computer und für die Weitergabe des Angebots bei Nachfrage; diese wird grundsätzlich zugesagt ⁵¹, worin eine (sonst seltene) Abrede einer obligatio faciendi zu sehen ist.

Dass ein Auftrag an den Vermittler vorliegt, "Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrags nachzuweisen oder den Abschluss eines Vertrags zu vermitteln" (OR 412 I), kann nicht bezweifelt werden. Der Auftrag geht auf "blosse" Nachweistätigkeit.

Am Vorliegen eines (atypischen) Nachweismäklervertrags ändert nichts, dass der Vermittler theoretisch auch existieren könnte, ohne dass je ein Vertrag aufgrund eines Nachweises von ihm zustande käme. Marktwirtschaftlich gesehen muss er ohnehin hohe

usw. im Wert von Fr. 220.- wird Fr. 20.- (9%), im Wert von Fr. 5050.- noch Fr. 100.- (1,9%) verlangt; es wird betont, dass "uns die herkömmliche Preisstruktur ungerecht erscheint".

⁴⁹ Zusatztexte in der Datenbank; Annonce chiffriert; verbesserte Abfragebereitschaft; Bezug von Listen mit Kunden-Angeboten

⁵⁰ Eventuell Innominatvertrag; vgl. aber BGE 109 II 466, wo nur Elemente anderer Nominatverträge zugelassen werden; in Frage kämen Werksvertrags Elemente: Erstellen der Angebots-Datei, Ausdruck von speziell erstellten Listen, etc. und Arbeitsvertrags Elemente: Abrufen der Daten; Probleme dürfte die Auflösung des Vertragsverhältnisses bieten (OR 404).

Erfolgsquoten ausweisen können, um konkurrenzfähig zu bleiben. Dagegen spricht auch nicht, dass der Auftraggeber/Anbieter immer nur über den Interessenten, der sich bei ihm meldet, von der "Vermittlungs"-tätigkeit erfährt (wenn überhaupt); ebenso wenig, dass der Telefonvermittler nur "passiv" tätig werden kann, d.h. auf Interessentenanrufe warten muss.

Aus der Unterstellung unter OR 412 - 418 ergeben sich privatrechtlich kaum Konsequenzen. Streitigkeiten im Hinblick auf die Vergütung sind unwahrscheinlich, da diese klar vereinbart (OR 414) und kaum je unverhältnismässig hoch angesetzt ist (OR 417, für den Bereich der Grundstücksvermittlung). Heiratsvermittlung scheint nicht zum Leistungsangebot zu gehören (OR 416). Das Problem der unzulässigen Doppelvermittlung (OR 415) stellt sich nicht, da ausdrücklich nur für den Anbieter/Auftraggeber gearbeitet wird, bzw. die Vermittlung den Nachfrager nichts kostet, ausser Telefongebühren.

Von Bedeutung könnte dagegen das kantonale Mäklergewerberecht sein. Im Kanton Zürich besteht allerdings eine Bewilligungspflicht nur für die Wohnungsvermittlung⁵². Selbst diesbezüglich schiene mir aber eine Unterstellung unter das Gesetz nicht gerechtfertigt, da typischerweise der vom Gesetz zu schützende Mieter/Nachfrager nicht Vertragspartner des Telefonvermittlers wird, sondern nur der ("stärkere") Anbieter/Vermieter.

⁵¹ Ein Problem wird praktisch darin bestehen, die Weitergabe der richtigen Informationen im entscheidenden Moment sicherzustellen; für den Kunden wird die Effizienz der Datenerfassung und -weitergabe kaum überprüfbar sein; eine allfällige Haftpflicht des Mäklers wird regelmässig am fehlenden Schadensnachweis scheitern.

⁵² Vgl. Quellen A II 4.

II. Abschlussprobleme

1. Schriftform?

Die Frage des Zustandekommens (v.a. das ob, aber auch das wie) gibt in der Praxis aussergewöhnlich häufig Anlass zu Streit. Das Hauptproblem liegt darin, dass viele Mäklerverträge trotz ihrer Tragweite mündlich abgeschlossen werden. Der Makler wird zwar aus Beweisgründen immer Schriftlichkeit anstreben⁵³. Nur wird ihm seine Verhandlungsposition selten erlauben, dies gegen den Willen des Auftraggebers durchzusetzen⁵⁴. Besonders seitens der Auftraggeber besteht eine starke Tendenz, eindeutige Willensäusserungen zu vermeiden. Klare Provisionsversprechen unter klaren Bedingungen werden ungern gegeben, insbesondere, wenn die Provisionszahlungsverpflichtung nicht auf den Hauptvertragspartner abgewälzt werden kann.

Gesetzliche Schriftformerfordernisse kennt das Schweizer Mäklerprivatrecht nicht, ebensowenig das geltende deutsche Recht. Der deutsche Regierungsentwurf schlägt dagegen verschiedene solcher Regeln vor⁵⁵: einfache Schriftform zwingend für die Vereinbarung eines Alleinauftrags (E § 653 IV) und des Ehevermittlungsvertrags (E § 656), qualifizierte für den Darlehensvermittlungsvertrag (E § 655a). War die Schriftform im Referentenentwurf noch allgemein vorgesehen, wurde diese aufgrund der Kritik seitens der Makler, die v.a. auf den Verlust der Möglichkeit zu telefonischer Abwicklung von Geschäften verwiesen, auf besondere Fälle beschränkt⁵⁶.

⁵³ BJM 1957, S. 270ff, vgl. die dahingehenden Empfehlungen von Verbänden (SVIT, Tarifordnung Sekt. Zürich, S. 3) und kantonalen Erlassen (Wallis, Reglement Art. 16 I).

⁵⁴ Trib. cant. del Ticino, Sent. 13.9.1969, in Rep. 1969, p. 252

⁵⁵ Von der Lehre z.T. seit langem gefordert; vgl. Schwerdtner S. 34f; Dyckerhoff S. 44f.

⁵⁶ Tonner, BB 1984, S. 245.

Die Zulässigkeit der Statuierung kantonalen Schriftformerfordernisse wurde vom Bundesgericht in einem zumindest teilweise überholten Entscheid verneint ⁵⁷. OR 11 sehe grundsätzlich Formfreiheit vor. Dies gelte insbesondere auch für den Mäklervertrag, der in OR 412ff abschliessend geregelt sei ⁵⁸. Unbeachtlich sei, ob der Kanton aus seiner Sicht ein solches Erfordernis für notwendig halte. Auch ein kantonaler Zwang zur Führung eines Registers sei, soweit an das Schriftformerfordernis gebunden, unzulässig. Seit BGE 110 Ia 111 ist allerdings offen, ob die verschiedenen diesbezüglichen kantonalen Normen, früher eindeutig im Widerspruch zur höchststrichterlichen Rechtsprechung stehend, nicht doch zulässig sind, was vom Bundesgericht vermutlich dann bejaht würde, wenn ein öffentliches Interesse daran geltend gemacht würde. Im Bereich der Liegenschaftenvermittlung ist nach Art. 17 des Walliser Ausführungsreglements ⁵⁹ der staatliche Honorartarif nur bei schriftlicher Vereinbarung einer individuellen Vergütungs-lösung nicht anwendbar. Die Jurassische Ordonnance ⁶⁰ bestimmt in Art. 14 II, Auslagenersatz für Geschäftsreisen, Spesen und Zeitaufwand sei nur bei Vorliegen eines schriftlichen Auftrags geschuldet. Eine entsprechende Regelung kennt auch die Berner Verordnung über die gewerbsmässige Ehevermittlung (Art. 10 II) ⁶¹. Das Zürcher Darlehensvermittlungsgesetz ⁶² schreibt in § 10 nicht nur explizit Schriftform vor, sondern zusätzlich Ausfertigung im Doppel. Der Vertrag hat eine "Klausel zu enthalten, wonach mündliche Nebenabreden ungültig sind".

⁵⁷ BGE 65 I 65, 81f; Fribourg, Cour d'appel, 22.10.1962, in Extraits 1962, S. 77ff: Der Grundsatz der Formfreiheit gelte auch im Bereich von EGG 22 (landwirtschaftliche Grundstücke).

⁵⁸ Anders aber BGE 110 Ia 11ff, der sich zur Frage der Zulässigkeit von Formvorschriften nicht äussert; vgl. hinten. S. 215ff.

⁵⁹ Vom 24. Mai 1972, gleich in Art. 1 I des Honorartarifs vom 24. Okt. 1973.

⁶⁰ Ordonnance vom 6. Dez. 1978, vgl. vorn, Quellen, A. II. 1.

⁶¹ Vom 5. Januar 1972.

⁶² Vom 10. Dezember 1942, vgl. vorn Quellen, A. II. 5.

Zu betonen ist, dass mündliche individuelle Vertragsabreden AGB- oder Formularklauseln jederzeit vorgehen, auch wenn diese eine sog. Schriftformklausel enthalten ⁶³. Der Hinweis des Mäklers auf AGB-Klauseln nach dem mündlichen Vertragsschluss ist irrelevant. Das Formular wird nicht Vertragsinhalt, auch dann nicht, wenn der Gebrauch von AGB in der betreffenden Branche allgemein üblich ist ⁶⁴, was für die Mäklerbranche kaum zutrifft ⁶⁵.

2. Zudringlichkeit als Problem?

Unbestritten gibt es - seltene - Fälle, wo der Mäkler durch Ueberraschung oder Hartnäckigkeit einem Auftraggeber den Mäklervertrag gegen dessen Willen aufdrängt ⁶⁶. Der Bundesgesetzgeber hat jedoch zu Recht öffentlichrechtliche Schutzbestimmungen zugunsten der Mäklerklienten nicht für nötig erachtet. Einzige Bestimmung auf kantonaler Ebene ist § 8 des Zürcher Gesetzes über die Geschäftsagenten, Liegenschaftenvermittler und Privatdetektive ⁶⁷. Der Auftraggeber ist durch die strengen Anforderungen hinsichtlich des Konsenses (dazu sogleich), OR 20 sowie die Möglichkeit zur Anfechtung nach OR 21ff genügend geschützt.

⁶³ Beispiel: "Alle Vereinbarungen bedürfen für ihre Gültigkeit der Schriftform. Telefonische und mündliche Erklärungen sind nur nach schriftlicher Bestätigung verbindlich", vgl. Wurm-Wagner S. 369; zu Sinn und Tragweite auch Forstmoser, AGB, S. 44; Baudenbacher S. 260; ZR 69, 1970, NR. 96; RVJ 1976, S. 277f; m.E. steht diesem Grundsatz OR 16 nicht entgegen. Vgl. auch das Urteil des Oesterreichischen OGH v. 17.9.1980, SZ 53, 1980, Nr. 117, beso. S. 516; hinten S. 42ff.

⁶⁴ So aber Schmidt-Salzer, S. 124ff.

⁶⁵ Vgl. aber LG Frankfurt, in MDR 1956, S. 616.

⁶⁶ Vgl. BGE 72 II 84; RVJ 1964, S. 33ff; RVJ 1979, S. 358ff; zur Zudringlichkeit vgl. auch Guggenbühl S. 89; Gautschi 412 N 5d.

⁶⁷ "An hiefür unpassenden Orten, wie Spitälern, ähnlichen Anstalten, Krankenzimmern, sowie bei Todesfällen während der folgenden 14 Tage und an Sonn- und Feiertagen dürfen diesem Gesetz unterstellte Personen keine Aufträge werben."

Schutzbestimmungen kennen dagegen Deutschland (§ 56 I Nr. 6 GewO⁶⁸) sowie Oesterreich. Die §§ 3 und 4 des österreichischen Konsumentenschutzgesetzes wurden wiederholt auf Immobilienmaklerverhältnisse angewendet⁶⁹. Es geht um sogenannte Ueberrumpelungsfälle, in denen dem Verbraucher (Maklerkunden) u.U. ein Rücktrittsrecht zugestanden wird. Hauptfrage ist jeweils, welche der Maklervertragsparteien das Geschäft angebahnt hat.

3. Antrag auf Abschluss eines Mäklervertrags

Antrag und Annahme können vom Mäkler oder vom Auftraggeber ausgehen⁷⁰. Ob tatsächlich ein verbindlicher Antrag, oder bloss Bereitschaft zum Vertragsschluss vorliegt, ist Auslegungsfrage⁷¹. Im folgenden sei auf einige typische Abschlusskonstellationen eingegangen, die die Gerichte wiederholt beschäftigt haben.

3.1. Antrag durch den Mäkler

3.1.1. Stillschweigender (konkludenter) Antrag im Allgemeinen

Lehre und Rechtsprechung stellen diesbezüglich strenge Anforderungen. Jede Unklarheit gehe zulasten des Mäklers. Als konkluden

⁶⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 22.2.1983, in MDR 1984, S.204 (Darlehensvermittlung).

⁶⁹ Entscheid des österreichischen OGH v. 24.11.1982, in JBl 1984, S. 44.

⁷⁰ Unwichtig sind die Eigentumsverhältnisse am zu vermittelnden Objekt; kann Mäklerauftrag auch vom Nichteigentümer, dann sicherlich vom Miteigentümer ausgehen, vgl. RVJ 1977 p. 362; unveröffentlichter BGE v. 3.7.1973 E 1a.

⁷¹ Vgl. aber SemJud 1961, p. 12ss: Trete der Verkäufer an den Mäkler heran, sei im allgemeinen Beauftragung anzunehmen; wende sich der Käufer an den Mäkler, tue er dies zunächst regelmässig als Interessent; Vertragsbeziehungen könnten aber später entstehen, wenn er den Mäkler bewusst für sich arbeiten lasse.

te Offerte des Mäklers ist nach der Praxis die Besichtigung einer Liegenschaft gemeinsam mit dem Interessenten ⁷², oder das Zusehen eines Exposéés oder Dossiers über ein zu vermittelndes Objekt ⁷³ zu betrachten.

Nicht selten wird jedoch praktisch eine ausdrückliche Erklärung verlangt ⁷⁴. Dies ist überspannt. Kann der Auftraggeber erkennen, dass eine bestimmte Person für ihn Vermittlungstätigkeit entfaltet hat oder entfalten will, liegt es an ihm, durch Akzept des Mäklervertrag zustandekommen zu lassen. Dies kann ausdrücklich oder wiederum konkludent geschehen, indem er sich die Bemühungen des Mäklers in irgendeiner Form zunutze macht ⁷⁵. Jedenfalls wird er in der Regel davon ausgehen müssen, dass der Makler nur gegen Entgelt tätig werden will. Entgeltlichkeit ist essentielle im Schweizer Recht. An einem unentgeltlichen Auftrag wird kein Makler interessiert sein ⁷⁶. Widersprüchlich (*venire contra factum proprium*) wäre es, einerseits von der Mäklertätigkeit bewusst zu profitieren, andererseits ein Zahlungsversprechen ausdrücklich abzulehnen ⁷⁷.

Der Makler, der von sich aus tätig wird ⁷⁸, oder sich in Verhandlungen einschaltet ⁷⁹, tut dies auf eigene Gefahr. Die Beweis-

⁷² ZR 78, 1979, Nr. 66, S. 143f.

⁷³ PKG 1963, S. 84ff.

⁷⁴ SemJud 1968 p. 135ss; ZR 76, 1977, Nr. 106, S. 278f; PKG 1963, S. 84ff; Becker 412 N14; von Büren S. 205f; zur deutschen Praxis vgl. NJW 1981, S. 279 (Doppelmäklerfall); NJW 1961, S. 307; Knieper S. 1293.

⁷⁵ Gautschi 412 N 6d; BGE 84 II 525; vgl. Schwerdtner S. 33.

⁷⁶ Auch der Gelegenheitsmakler nicht.

⁷⁷ SemJud 1977 p. 33ss, 41; nach Schwerdtner, S. 31 Rz 26, werde BGB 653 I obsolet, wenn man für das Zustandekommen voraussetzte, dass Einigkeit über die Provisionspflicht erzielt worden sei, vgl. auch NJW 81, S. 279.

⁷⁸ SemJud 1968, p. 135ss.

⁷⁹ Neuenburg, Recueil 1973-77, p. 219f.

pflicht für das Vorliegen von Offerte und Akzept liegt beim ihm. Die Beweisanforderungen sind streng ⁸⁰. Der Auftraggeber kann den Gegenbeweis erbringen, dass er sich die Bemühungen des Mäklers verbeten hat ⁸¹. Das Schweigen des Auftraggebers kann nicht ohne weiteres als Zustimmung ausgelegt werden. Der Makler muss versuchen, die Situation klarzustellen ⁸². Stillschweigende Zustimmung könnte angenommen werden, wenn die Tätigkeit des Mäklers "par sa durée ou par son importance, soit assez caractérisée pour constituer une offre de services" ⁸³, und der Auftraggeber bewusst von ihr profitiert.

Häufig ist der Makler bereits von der potentiellen Gegenpartei beauftragt, wenn er mit einem Interessenten in Kontakt tritt. Vermittlungsbemühungen, die er, für den potentiellen (Zweit-) Auftraggeber erkennbar, aufgrund des vorgegebenen Mäklervertrags unternimmt, müssen ebensowenig als Offerte zu einem Zweitmäklervertrag betrachtet werden, wie das Sicheinlassen auf Verhandlungen mit dem Makler der Gegenpartei als Akzept zu einem solchen ⁸⁴. Der potentielle Zweitauftraggeber darf die Mäklertätigkeit grundsätzlich als Auftrags Erfüllung gegenüber dem Erstauftraggeber betrachten ⁸⁵. Der Makler muss ausdrücklich klarstellen, dass er auch vom Hauptvertragspartner eine Provision beanspruchen will ⁸⁶, insbesondere, wenn der Bestand des Mäklervertrags mit dem Erstauftraggeber fraglich ist.

⁸⁰ Vgl. PKG 1963 S. 84; SemJud 1968, p. 135ss, 138.

⁸¹ OGer Baselland, Urt. v. 14.9.1971, in SJZ 68, 1972, S. 313; ZR 76, 1977, Nr. 106, S. 281.

⁸² Vgl. RVJ 1964 p. 33ss; RVJ 1979 p. 358ss; BGH, Urteil v. 25.5.1983, in NJW 1984, S. 232.

⁸³ Trib.Cant. Neuenburg, Urt. v. 3.3.1975, in Recueil 1973-77, p. 219f; BGE 72 II 84.

⁸⁴ Vgl. auch Guggenbühl S. 89.

⁸⁵ Schwerdtner S. 29 Rz 24.

⁸⁶ Vgl. Guggenbühl S. 91; Becker 412 N 14; Oser/Schönenberger 412 N 24; vgl. auch BGH, Urteil v. 23.10.1980, in NJW 1981, S. 279.

Andernfalls fällt er zwischen Stuhl und Bank ⁸⁷.

Weiss der potentielle Auftraggeber nichts vom bereits bestehenden Mäklervertrag, muss er regelmässig davon ausgehen, der Mäkler beanspruche ein Entgelt. Allerdings ist m.E. der Mäkler nach Treu und Glauben verpflichtet, die Tatsache des bestehenden Mäklervertrags beim Angebot mitzuteilen ⁸⁸.

3.1.2. Inserat als Antrag?

In der Regel ist das Inserat eines Mäklers in einer Zeitung blosser Einladung zur Offertstellung ⁸⁹. Der Mäkler will nicht rechtsverbindlich seinen Abschluss- und Geschäftswillen bezüglich eines bestimmten Vertrags kundtun ⁹⁰. Die Anzeige ist "notwendigerweise unbestimmt" und dient "lediglich der Interessentensuche" ⁹¹. Anders bei Angeboten in Kundenbulletins, d.h. Zeitschriften, die für einen bestimmten, zahlenmässig beschränkten Personenkreis speziell gedruckt werden. Solchen Sendungen liegt regelmässig eine Dienstleistungsabrede (einfacher Auftrag) zwischen Mäkler und potentielltem Mäklerkunden des Inhalts zugrunde, der Mäkler werde diesem in gewissen Zeitabständen unaufgefordert

⁸⁷ So in SemJud 1982 p. 428ff, wo sich der Mäkler dem Kaufinteressenten gegenüber so verhielt, als hätte er vom potentiellen Verkäufer einen Vermittlungsauftrag erhalten. Ob der Käufer tatsächlich nicht erwarten musste, dass der Mäkler (auch) von ihm Provision erwartete, ist m.E. in casu fraglich. Wohl verfehlt die Ausführungen zur Doppelvertretung.

⁸⁸ Bei Ablehnung einer Aufklärungspflicht wäre einseitige Unverbindlichkeit nach OR 24 Ziff. 4 oder OR 28 I in Betracht zu ziehen; eine Erkundigungspflicht des Auftraggebers besteht entgegen Guggenbühl, S. 92 nicht; deshalb spielt es keine Rolle, ob der Auftraggeber Zweifel bezüglich der Stellung des Mäklers hatte.

⁸⁹ OR 7 II; vgl. hinten S. 40f.

⁹⁰ Gauch/Schluep/Jäggi N 335; Knieper S. 1294, Schwerdtner S. 26 Rz 21.

⁹¹ Schwerdtner S. 26 Rz 21.

Angebote und Objekte zur Kenntnis bringen. Innerhalb eines solchen Rahmenvertrags ⁹² gemachte Angebote sind Anträge im Rechtssinn ⁹³. Voraussetzung ist einzig genügende Bestimmbarkeit des Objekts und der Vertragsbedingungen. Der Auftraggeber muss aufgrund der dem Bulletin zu entnehmenden Informationen zur Bildung eines konkreten Abschlusswillens in der Lage sein. Bekundet er dem Makler gegenüber sein Interesse an einem bestimmten Objekt, so darf dieser von Offertannahme ausgehen, es sei denn, der Auftraggeber gebe deutlich zu verstehen, er wolle noch nicht gebunden sein (Z.B. durch den Hinweis, er brauche noch weitere Informationen). Schweigen auf einen Antrag kann auch in diesem Rahmen nicht als Akzept interpretiert werden ⁹⁴. Es wäre unzumutbar, wenn der potentielle Auftraggeber alle Angebote zu überprüfen und ausdrücklich abzulehnen hätte, selbst wenn er dies pauschal, für ein ganzes Angebotspaket, erledigen könnte ⁹⁵.

3.2. Antrag durch den Auftraggeber

Ob die Antwort eines Interessenten auf eine Zeitungsannonce eine rechtsverbindliche Offerte darstellt, ist Auslegungsfrage. Entscheidend ist, ob der Interessent aufgrund des Inserats in der Lage war, einen Abschlusswillen zu bilden, und ob er diesen in genügender Weise gegenüber dem Makler erklärte. Keine Offerte liegt vor, wenn sich der Interessent offensichtlich nur um weitere Informationen bemüht ⁹⁶. Im Zweifel über den Bindungswillen des möglichen Kunden ist der Informationsgehalt des Inserats zu berücksichtigen. Je konkreter und umfassender das Angebot, desto eher wird der generelle Abschlusswille zu vermuten sein. In der

⁹² Schwerdtner S. 27 Rz 22.

⁹³ Ebenso auf Nachfrage des Lesers (als potentieller Auftraggeber) gemachte konkrete Angebote.

⁹⁴ OR 6; im Normalfall ohnehin nicht.

⁹⁵ Vgl. Schwerdtner S. 27 Rz 23.

⁹⁶ Unverbindliche Nachfrage; SJZ 20, 1924, S. 292; vgl. Schwerdtner S. 26 Rz 22.

Regel liegt jedoch schon deshalb keine Absicht auf Eingehung eines Mäklervertrags vor, weil der Leser einer Annonce davon ausgeht, dass der Mäkler bereits in einem Mäklervertragsverhältnis steht ⁹⁷.

Die deutsche Rechtsprechung ist hier (zu) maklerfreundlich. Weist die Zeitungsanzeige klar auf die Maklereigenschaft des Inserenten hin, so liege in der telefonischen Kontaktnahme mit dem Makler ohne weiteres ein Angebot zum Abschluss eines Maklervertrags ⁹⁸. Der erwähnte Hinweis genügt aber m.E. nicht; entscheidend ist nicht die "Maklereigenschaft", sondern ob der Inserent, (Berufs-) makler oder nicht, einen Maklervertrag abschliessen will. Dies muss klargestellt sein, bevor überhaupt ein Angebot logisch möglich ist. Auch im persönlichen Aufsuchen des Mäklers aufgrund vorheriger Kontakte kann m.e. nicht regelmässig eine Offerte gesehen werden ⁹⁹.

Keine Probleme bietet das Akzept des Mäklers. Beim Berufsmäkler ist OR 395 i.V. mit OR 412 II anwendbar.

⁹⁷ Siehe zur Frage des Zweitmäklervertrags vorn, S. 38; vgl. Schwerdtner S. 31, Rz 26, 27.

⁹⁸ Vgl. Hans. OLG Hamburg, Urt. v. 27.3.1985, in MDR 1985, S. 673; der Maklervertrag komme auch schon mit der Bereitschaft des Interessenten, sich an dem zu verkaufenden Grundstück zu treffen, zustande.

⁹⁹ So aber der BGH in NJW 1967, S. 1365ff.

III. Formularverträge und AGB

1. Allgemeines

Mäklerverträge können als Formularverträge oder Individualverträge unter Beifügung allgemeiner Geschäftsbedingungen ¹ abgefasst sein. Der AGB-Problematik im Mäklerrecht wird in der Schweiz kaum Beachtung geschenkt. In Deutschland entwickelte sich dagegen schon vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes vom 1.1.1979 eine breite Diskussion gerade in diesem Bereich ². Der Entwicklungsstand ist generell unterschiedlicher, als man aufgrund der geographisch und mentalitätsmässig verschiedenen Grundstruktur beider Länder erwartete ³. Das Bundesgericht lehnt offene materielle Inhaltskontrolle ab ⁴; anders der BGH seit 1957 ⁵. Insbesondere die enge Auslegung von OR 20 I verhindere eine differenzierte Betrachtung der inhaltlichen Unsittlichkeit bei Massen- und Individualverträgen ⁶.

Ueber die statistische Häufigkeit der Verwendung von AGB in Mäklerverträgen bestehen für die Schweiz lediglich Mutmassungen ⁷.

¹ Zu Begriff, Arten und Merkmalen von AGB vgl. Schönenberger/Jäggi N 435ff, 441 zu OR 1; Bauer S. 6; Auer S. 1ff.

² Vgl. Soergel-Mormann §652 Rz 9: für den Mäklervertrag besonders wichtig AGBG § 2, § 3 (Ueberraschende Klauseln), § 5, § 9, §§ 10 und 11 (Klauselverbote); Schwerdtner, Kommentar, vor §652 Rz 8 - 10; Krüger-Doyé, S. 97ff.

³ Vgl. die Gegenüberstellung bei Baudenbacher S. 240ff, S. 258ff.

⁴ Vgl. etwa BGE 109 II 116ff.

⁵ BGHZ 22, S. 95ff.

⁶ Baudenbacher S. 265; zur verdeckten Inhaltskontrolle vgl. S. 227; Kramer, SJZ 1985, S. 20.

⁷ Es ist nicht feststellbar, in welchem Ausmass Formularverträge einzelner Büros, von Branchenorganisationen oder von öffentlichen Stellen verwendet werden, oder wieweit "offizielle" Vertragsformularvorschläge Leitfunktion übernehmen.

Die verschiedentlich genannte Zahl von 90 %⁸ dürfte zu hoch sein⁹. Es ist nach den Vermittlungsobjekten zu differenzieren. Im Bereich der Wohnungsvermittlung werden ohne Einschränkung Formularverträge verwendet¹⁰. Bei der Liegenschaftenvermittlung scheinen die einzelnen Geschäfte individuelleren Charakter zu tragen¹¹.

Das beim typischen AGB-Verwender zentrale Merkmal der fehlenden Verhandlungsbereitschaft wird von der Marktsituation her beim Mäklervertragsverhältnis selten anzutreffen sein. Der Mäkler, sofern er mit AGB arbeitet, wird eher auf eine seiner Bedingungen verzichten, als auf die Provisionsaussicht überhaupt. Verwendet er, trotz allenfalls erkennbarer Verhandlungsbereitschaft, aus Rationalisierungsüberlegungen vorformulierte Verträge, stellt sich die Frage, ob auch diese, ihrer überindividuellen Ausrichtung wegen, nach AGB-Grundsätzen zu behandeln seien¹². Zu recht wird auf die Gefahr hingewiesen, "dass einer der Kontrahenten auf der Basis eines Vertragsmusters verhandelt und bei der Fixierung des Textes den vorformulierten Gedanken durchsetzt, ohne dass sein Partner dessen gewahr wird"¹³. Dass Vertragsformulare verwendet werden, lässt für sich noch keinen zwingenden Schluss

⁸ Vgl. Forstmoser, AGB, S. 26.

⁹ Für Deutschland wohl zutreffend; zur Bedeutung vgl. Soergel-Mormann §652 Rz 9.

¹⁰ So das Zürcher OGer in einem unveröffentlichten Entscheid vom 12.4.84, S. 6; hier kann von eigentlichen "Massenverträgen" gesprochen werden, vgl. Schulte, S. 1220.

¹¹ In Mäklerkreisen ist sogar eine gewisse Abneigung gegen die Verwendung von Formularverträgen spürbar (mdl. Auskunft von Herrn M. Meier, Sekretär der Sektion Zürich des SVIT); nach Wegener/ Sailer, S. 64 Rz 70f haben Makler-AGB vor allem Schutzfunktion gegenüber unseriösen Auftraggebern.

¹² In der BRD stellt sich die Frage nach dem Anwendungsbereich von AGBG § 1, vgl. Krüger-Doyé, S. 98.

¹³ Prost, NJW 1973, S. 744.

darüber zu, ob individuell (d.h. auf gleicher Ebene) verhandelt wurde ¹⁴, oder nicht (Kunden-Gleichbehandlung). Bei einem Massenvertrag vermag auch eine detaillierte Erläuterung der betreffenden Vertragsklauseln nichts daran zu ändern, dass sie - als Bedingung für einen Vertragsschluss überhaupt - zu übernehmen sind ¹⁵. Letztlich entscheidend ist die Möglichkeit des Kunden, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen ¹⁶.

2. Gültigkeit

Unbestritten ist im Schweizer AGB-Recht das Erfordernis eines Uebernahme- oder Einbeziehungsvertrags für die Rechtsverbindlichkeit von AGB ¹⁷. Die Abrede über den Einbezug (Inkorporation) kann eine ausdrückliche (Unterzeichnung des Textes, der mindestens eine Verweisung auf die AGB enthält) oder - ausnahmsweise - stillschweigende sein ¹⁸. Der Mäklerkunde muss im allgemeinen nicht davon ausgehen, dass der Mäkler AGB in den Vertrag miteinbeziehen will, ohne besonders darauf hinzuweisen ¹⁹. Vorbehalten bleiben Sonderfälle, wie etwa Vertragsschluss zwischen einem grösseren Mäklerbüro und branchenkundigen Auftraggebern (Bank, Versicherung) ²⁰. Im Verkehr mit nicht Geschäftskundigen ist

¹⁴ Vgl. DB 1976, S. 189; BGHZ 1961, S. 17, 21; NJW 1973, S. 1459

¹⁵ Vgl. Schulte, S. 1219f.

¹⁶ Bauer S. 70; vgl. NJW 1977, S. 624f; bloss "Aushandlungsbestätigung" genügt nicht, sondern sei lediglich beweisrechtliches Indiz; vgl. auch MDR 1970, S. 843, Nr. 40.

¹⁷ Schönenberger/Jäggli N 440ff; Forstmoser AGB S. 34; vgl. für Deutschland Krüger-Doyé S. 99.

¹⁸ Forstmoser AGB S. 34f; Fribourg, Cour d'appel, Urt. v. 16.11. 1977, in Extraits 1977, p. 29ff.

¹⁹ In der BRD umstritten; wie hier: Knieper S. 1294, Krüger-Doyé S. 100.

²⁰ Abschluss zwischen Kaufleuten hindert aber Inhaltskontrolle nicht, vgl. BGH, Urteil v. 7.7. 1976, in NJW 1976, S. 2345f.

Aushändigung der AGB vor Vertragsschluss ²¹ Voraussetzung für die Verbindlichkeit. Die blosse Möglichkeit der Kenntnisnahme genügt nicht ²².

Branchenbedingungen als Ausdruck der Verkehrssitte finden trotz Nicht-Uebernahme u.U. Verwendung im Rahmen der Vertragsauslegung bzw. Ergänzung. Dann ist Kenntnis des Bestandes nicht vorausgesetzt ²³.

3. Die Ungewöhnlichkeitsregel

Trotz Gültigkeit des Vertragsklauselwerkes können einzelne Bestimmungen nach anerkannter Rechtsprechung (und Lehre) unverbindlich sein ²⁴. Im Mäklervertragsrecht könnte vor allem die Unhaltbarkeit von ungelesen (global) übernommenen Klauseln vor der sog. Ungewöhnlichkeitsregel bedeutsam werden.

3.1. Im Allgemeinen

Demjenigen Vertragspartner gegenüber, der AGB ungelesen akzeptierte, sei eine bestimmte Klausel dann unverbindlich, wenn er zufolge ihrer Ungewöhnlichkeit nach Treu und Glauben nicht mit ihr habe rechnen müssen, ohne speziell auf sie aufmerksam gemacht worden zu sein ²⁵. Sie ist Ausfluss des Vertrauensprinzips ²⁶. Anwendbarkeitsvoraussetzung ist zunächst fehlende Gleichwertig-

²¹ Verschiedene kantonale Normen verpflichten auch zur Uebergabe von Tarifen oder Standesregeln, vgl. etwa Aargau, Geschäftsagentenverordnung § 10; Zürich, Tarifordnung für die Vermittlung von Wohn- und Geschäftsräumen, § 4 I.

²² Forstmoser AGB S. 39.

²³ Schönenberger/Jäggi N 518; vgl. aber BGE 90 II 92ff, 101.

²⁴ Vgl. Schönenberger/Jäggi N 462ff; Gauch/Schluemp/Jäggi N 834ff; Forstmoser AGB S. 43ff.

²⁵ Vgl. Merz, Massenvertrag, S. 148; Forstmoser AGB S. 46f.

²⁶ H.L., vgl. Schönenberger/Jäggi N 498; kritisch Kramer, SJZ 1985, S. 20f; gleich des BGer, vgl. BGE 109 II 458.

keit der Vertragsparteien; nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ²⁷ ist im Einzelfall zu prüfen, ob und wie weit die Gegenpartei als "schwach" oder "unerfahren" bezeichnet werden kann ²⁸, weil sich "in der Regel nur die schwache oder unerfahrene Partei" auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen könne. Schwächer sei die Partei, die sich den AGB deshalb fügen muss, weil sie sonst keinen Vertragspartner innerhalb derselben Branche findet ²⁹. Eine Schwäche liege u.U. in der Geschäfts-Unerfahrenheit einer Vertragspartei ³⁰, wobei auch ein "versiertes Handelsunternehmen" durchaus in einem spezifischen Gebiet (Mäklervertragsrecht) unerfahren sein könne. Als zusätzliche Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Ungewöhnlichkeitsregel müssten die AGB aus objektiver Sicht einen "geschäftsfremden" ³¹ Inhalt aufweisen, d.h. Bestimmungen enthalten, "die den Vertragscharakter wesentlich ändern oder erheblich aus dem gesetzlichen Rahmen fallen, der dem betreffenden Vertragstyp vorgegeben ist" ³². Damit verknüpft das Bundesgericht mit der Ungewöhnlichkeitsregel die Ueberlegung, vom dispositiven Recht abweichende Klauseln seien unverbindlich ³³. Zu berücksichtigen bleibt, dass nicht

²⁷ Mäklerrechtliche Fälle fehlen; vgl. aber Pra 1984 Nr. 10 S. 27 BGE 109 II 116ff; 109 II 213 ff; 109 II 452ff; weitere Entscheide bei Baudenbacher S. 267.

²⁸ BGE 109 II 457; dazu kritisch Gauch, in: recht 1985, S. 32.

²⁹ BGE 109 II 457; dies ist im Mäklergewerbe unwahrscheinlich.

³⁰ Differenzierung nach Geschäftserfahrenheit aber vor allem bei Gerichtsstandsklauseln, vgl. BGE 109 Ia 57; Gauch, in: recht 1985, S. 32, weist zu Recht darauf hin, dass eine ungewöhnliche Klausel gerade eine erfahrene Partei überraschen kann.

³¹ Vgl. schon Schönenberger/Jäggi N 498.

³² Vgl. BGE 109 II 452; vgl. auch Baudenbacher S. 267; in Deutschland z.T. selbständiger Unwirksamkeitsgrund (sog. Verdrängungseffekt), vgl. NJW 1984, S. 360; NJW 1973, S. 1194; betont wird das Abweichen von der vom Gesetzgeber als gerecht empfundenen Lösung.

³³ Vgl. Schönenberger/Jäggi N 505ff, 508; Merz, Massenvertrag, S.149.

alles ungewöhnlich i.S.v. geschäftsfremd ist, "was objektiv betrachtet als unbillig erscheint" ³⁴. Auch kann die ungewöhnlichste Klausel jederzeit bewusst akzeptiert werden.

Für den Rechtsunkundigen kann m.E. die Uebernahme einer gesetzlich vorgesehenen Regelung ebenso überraschend sein, wie eine davon abweichende Parteivereinbarung. Die Fiktion der Gesetzeskenntnis wird umso fragwürdiger, je stärker ausgebaut die gesetzliche Regelung ist ³⁵.

3.2. Im Mäklervertragsrecht

Die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel im Bereich von Mäkler-AGB wäre problematisch. Das bewusst sehr offen gestaltete Mäklervertragsrecht steckt für viele Fragen einen Rahmen eigentlich nicht ab ³⁶. Liegt etwa in der Exklusivklausel ³⁷ oder im erfolgsunabhängigen Provisionsversprechen ³⁸ eine wesentliche Aenderung des Vertragscharakters? Kommt OR 413 I (oder OR 414) ein "besonderer Gerechtigkeitsgehalt" zu ³⁹? Das Mäklervertragsrecht stellt weder historisch noch teleologisch den Anspruch, die allein als gerecht und inhaltlich angemessen empfundene Ordnung festzuhalten. Für Zweifelsfälle waren möglichst klare, der Verkehrsanschauung und dem mutmasslichen Parteiwillen entsprechende Auffangregeln bereitzustellen. An deren Wegbedingung, auch in AGB, sollten keine hohen Anforderungen gestellt werden ⁴⁰. Insbe-

³⁴ Forstmoser AGB S. 47 FN 156; Gauch, in: recht 1985, S. 32.

³⁵ Zum deutschen Entwurf vgl. Vollkommer, S. 700.

³⁶ Das wirkt sich auch aus, wenn an Stelle der unwirksamen Klausel (OR 20 II) das dispositive Gesetzesrecht treten sollte; vgl. auch Krüger-Doyé S. 103.

³⁷ Hinten S. 169ff; vgl. die deutsche Rechtsprechung zu "überraschenden" Alleinauftragsklauseln, FN 2, S. 37; Krüger-Doyé S. 104, 107ff.

³⁸ Hinten S. 144ff; dazu besteht keine Rechtsprechung.

³⁹ Was nicht leichthin anzunehmen sei, vgl. Bucher, FG Deschenaux, S. 256

⁴⁰ Vgl. dazu allgemein bei Bucher, FG Deschenaux, S. 256ff, 262.

sondere ist der Verwender nicht verpflichtet, den Vertragspartner speziell darauf aufmerksam zu machen ⁴¹.

Auch beim Beizug deutscher Urteile ist Vorsicht am Platz. Unvereinbar mit der schweizerischen Rechtsauffassung ist etwa die Feststellung des BGH, nicht ungewöhnlich seien Klauseln "die von Maklern häufig ihren Formularverträgen zugrunde gelegt werden und deshalb den Auftraggeber nicht überraschen können" ⁴².

Generell ist die in der BRD feststellbare Tendenz, dem dispositiven Recht durch die AGB-Rechtsprechung verstärkte Bedeutung zu geben ⁴³, für die Schweiz nicht nachweisbar. Der Ruf nach "Abwehr gegen systematische Umtypisierung" ⁴⁴ ist m.E. im Mäklervertragsrecht ohnehin ungerechtfertigt. Typenausgestaltung durch Ausnutzung gesetzlich vorgesehener Freiräume muss möglich bleiben. Eine Interessenlage, die von derjenigen abweicht, die dem dispositiven Recht zugrundeliegt, rechtfertigt Abweichungen allemal ⁴⁵. Einschränkung auf bestimmte Mäklervertragstypen (numerus clausus) allein garantierte noch keinen verbesserten Schutz des "schwächeren" Mäklerklienten ⁴⁶. An der Offenheit des schweizerischen Mäklervertragsrechts ist festzuhalten.

⁴¹ Von Lehre und Rechtsprechung z.T. gefordert; vgl. Forstmoser, AGB, S. 48; BGE 104 Ia 278ff, 282f; in der Schweiz sind bisher keine mäklerrechtlichen Entscheide bekanntgeworden; vgl. aber für die BRD: OLG Düsseldorf, NJW 1972, S. 1816.

⁴² BGH, Urteil v. 23.2.1966, in AIZ 1966, S.153; vgl. auch Kramer, SJZ 1985, S. 21.

⁴³ Durch schleichende Umfunktionierung in zwingendes Recht; Schulte, S. 1222: "Institutionenschutz" mittels AGB-Recht.

⁴⁴ Schulte S. 1222.

⁴⁵ Vgl. auch Bauer S. 15.

⁴⁶ BGH, Urteil v. 8.5.1973, in NJW 1973, S. 1194; BGH, Urteil v. 2.11.1983, in NJW 1984, S. 360.

IV. "Abwälzen" der Provisionszahlung auf den Nichtauftraggeber (Mäklervergütung ausserhalb von OR 412ff)

1. Allgemeines

Wirtschaftlich stellt die Mäklerprovision (inkl. Aufwendungersatz) für die Hauptvertragsparteien einen Kostenfaktor dar, der letztlich vom Nachfrager zu tragen sein wird ⁴⁷. Dieser ist idealerweise identisch mit dem von Gesetzes wegen provisionsbelasteten Auftraggeber im Mäklervertrag, was praktisch vor allem im Bereich der Wohnungsvermittlung der Fall ist. Hier wird mit der Kostenlosigkeit für den Anbieter sogar in Inseraten geworben. Der Vermieter steht regelmässig nicht in vertraglichen Beziehungen zum Wohnungsmäkler, dem er lediglich die "Erlaubnis" gibt, für ihn einen Mieter zu suchen ⁴⁸. Der Mäkler wendet sich zum vornherein nur an den Nachfrager, von dem er auch entschädigt wird. Im Bereich der Darlehens- ⁴⁹ und v.a. der Liegenschaftenvermittlung stimmt dagegen die Rechtslage nach Gesetz oft nicht mit der wirtschaftlichen Marktsituation überein. Verkäufer und Darlehensgeber treten, allein oder neben den entsprechenden Nachfragern (Doppelvermittlung), sogar weit häufiger als diese als Auftraggeber auf ⁵⁰. Mangels Abrede bleiben sie dem Mäkler gegenüber

⁴⁷ Ob es sozialpolitisch angezeigt ist, diese Belastung des Nachfragers dadurch zu mildern oder zu beseitigen, dass anstelle der - unabdingbaren - Privatvermittler staatliche Institutionen treten sollen, sei hier nicht diskutiert.

⁴⁸ Darin kann, muss aber nicht, ein einfacher Auftrag nach OR 394 liegen; im deutschen Wohnungsvermittlungsgesetz ist diese Erlaubnis zwingend vorausgesetzt, § 6; gleich bei Wohnungsvermittlung im Kt. Jura, O.I Art. 22 lit. a).

⁴⁹ Vgl. Aufsatz Scholz in MDR 1981, S. 361ff, 364.

⁵⁰ Fälle, in denen dem Mäkler wie bei der Wohnungsvermittlung, nur eine "Vermittlungserlaubnis" erteilt wird, aber jede vertragliche Beziehung abgelehnt wird, v.a. für die Provision ausschliesslich auf den zu findenden Nachfrager verwiesen wird, sind selten.

allein entgeltverpflichtet, können jedoch regelmässig die Kosten der Vermittlung als Kaufpreisbestandteil (Darlehenszinsbestandteil) vom Käufer/Darlehensnehmer einziehen ⁵¹. Verkäufer/Darlehensgeber tragen das Risiko der Insolvenz des Käufers; zahlt dieser nicht, ist die Mäklerprovision "vorzufinanzieren", im schlimmsten Fall ganz zu "übernehmen" ⁵².

Für den Auftraggeber und unter Umständen auch für den Mäkler kann es vorteilhaft sein, die rechtliche der wirtschaftlichen Lage anzupassen. Im Stadium der Mäklervertragsverhandlungen kann der Hinweis auf diese Möglichkeit für den Mäkler von Nutzen sein und den zögernden Auftraggeber zum Abschluss bewegen. Als Instrumente bieten sich die Figuren der Schuldübernahme (OR 175ff) und des Vertrags zugunsten Dritter (OR 112) an.

Vorweg ist daran zu erinnern, dass im Schweizer Recht Entgeltlichkeit des Mäklervertrags essentielle ist ⁵³. Der Auftraggeber, der zwar die Vorteile des Mäklervertragsverhältnisses beanspruchen, aber nichts bezahlen will, muss diesem Umstand Rechnung tragen. Im Mäklervertrag ist dem Mäkler verbindlich zuzusichern, dass der zukünftige Käufer/Darlehensnehmer die Provision (und/oder Aufwendungsersatz) bezahlen wird. Zwischen Verkäufer und Mäkler

⁵¹ Für den Nachfrager/Konsumenten mag dies v.a. dann ärgerlich sein, wenn die Einschaltung des Maklers nicht notwendig gewesen wäre, vgl. dazu Tonner, BB 1984, S. 243 und Reich §§ 652-54, N 2. Der Auftraggeber ist nicht gehalten, einen Makler nur dann beizuziehen, wenn die dadurch dem Käufer erwachsenden Kosten vertretbar erscheinen. Preistransparenz ist regelmässig gegeben. Sie ändert an der Marktlage nichts.

⁵² Ganz oder teilweise; in Deutschland ist hälftige Teilung der Provision üblich, die aber regelmässig über Doppelmäklerverträge abgewickelt wird; in HGB 99 als dispositive Regel vorgesehen, vgl. Zeidler, S. 475; aus der Sicht des Mäklers spielt die Insolvenz des Käufers nur dann eine Rolle, wenn er sie erkannt und verschwiegen hat; vgl. hinten S. 116ff.

⁵³ Vgl. vorn S. 27.

besteht zwingend mindestens ein Garantievertrag nach OR 111. Ist der Käufer zur Uebernahme der Zahlungsverpflichtung nicht bereit, kommt aber trotzdem mit ihm ein Kaufvertrag zustande, so ist der Verkäufer dem Mäkler zu Ersatz in Höhe der entgangenen Provision verpflichtet. Die Form dieser Uebernahme kann im Mäklervertrag offengelassen werden.

2. Schuldübernahme

Der Auftraggeber kann vom Nachfrager vor Abschluss des Hauptvertrags ein Schuldbefreiungsversprechen nach OR 175 verlangen. Dies ist auch hinsichtlich einer bedingten und zukünftigen Schuld zulässig ⁵⁴. Kenntnissgabe an den Mäkler gilt nach OR 176 II als Antrag zum externen, privativen Schuldübernahmevertrag zwischen Nichtauftraggeber und Mäkler. Dessen Entgegennahme einer (Teil-) Zahlung vom Uebernehmer gilt als Akzept (OR 176 III). Es bezieht sich mangels entgegenstehender Erklärung auf die ganze Schuld ⁵⁵. Es kann im Interesse des Auftraggebers liegen, den Mäkler zu diesem Akzept zu verpflichten. - Einreden, die der Auftraggeber aus dem Mäklervertrag gegen die Provisionsforderung hätte, stehen auch dem Uebernehmer zu (OR 179 I), dem lediglich solche persönlicher Natur (OR 179 II) und solche aus dem Verhältnis zum Auftraggeber (OR 179 III) abgeschnitten sind. Die Gültigkeit des Mäklervertrags wird regelmässig nicht bestreitbar sein ⁵⁶. Dagegen kann die Provisionsentstehung deshalb fraglich sein, weil der Hauptvertrag mangelhaft war. Bekanntlich sind Grundstücks-

⁵⁴ Vgl. von Tuhr/Siegwart/Escher S. 388; Fribourg, Cour d'appel, 22.10. 1962, in Extraits 1962, p. 77ss, 78 ; Schuldübernahmeversprechen nach Abschluss des Hauptvertrags ist zwar möglich, hat aber u.U. nicht den gewünschten Effekt, dass der Mäkler Zahlung direkt vom Nichtauftraggeber verlangt.

⁵⁵ BJM 1957 S. 270ff: Einwand des Mäklers, er habe nur einem Teil der Schuldübernahme zugestimmt, abweisen.

⁵⁶ Fribourg, Extraits 1962, p. 77ss: Einrede der Formungültigkeit des Mäklervertrags über ein landwirtschaftliches Grundstück abgelehnt; auch solche Verträge seien formfrei gültig.

kaufverträge, die den Preis nicht korrekt wiedergeben, wegen Formmangels nichtig 57. Die Vertuschung des wirklichen Preises kann gerade darin liegen, dass im beurkundeten Kaufvertrag die Schuldübernahme bezüglich der Maklerprovision nicht erwähnt wird, wodurch der Preis niedriger erscheint, als er tatsächlich ist 58. Die Erwähnung dieser Leistung könne nicht als verzichtbar, weil "accessoire, étrangère au contenu du contrat" 59 gelten, wenn sie nicht offensichtlich keine Gegenleistung für die Eigentumsübertragung darstelle. Scheitert der Einwand des Formmangels am Rechtsmissbrauchsverbot, bleibt jedoch der Hauptvertrag und damit die Provisionsforderung bestehen 60.

3. Vertrag zugunsten Dritter

Das im Maklervertrag zwischen Auftraggeber und Makler enthaltene Provisionsversprechen kann causa für den Abschluss eines Vertrags zugunsten des Maklers (OR 112 II) zwischen Auftraggeber und Hauptvertragspartner sein 61. Der Makler muss selbständig Erfüllung fordern können ("echter" Vertrag zugunsten Dritter); unechter Vertrag zugunsten Dritter genügt nicht. Mit der Leistung des Schuldners (Nichtauftraggeber) erlöscht sowohl dessen Verpflichtung gegenüber Auftraggeber und Makler, als auch die ursprüngliche Provisionsforderung des Maklers gegenüber dem Auftraggeber. Im Gegensatz zur Schuldübernahme besteht jedoch die

57 Vgl. BGE 92 II 323ff.

58 Fribourg, Extraits 1962, p. 77ss, 80ss.

59 Fribourg, Extraits 1962, p. 81s; vgl. aber auch BGE 78 II 435: vom Grundstückkaufvertrag zu trennender Alleinverkaufsvertrag; BGE 86 II 33.

60 Fribourg, Extraits 1962, p. 83.

61 Von Tuhr/Siegwart/Escher S. 237f; Schulin/Vogt, Tafel 51 C unten; zur seltenen Konstellation eines Vertrags zugunsten Dritter zwischen Auftraggeber/Verkäufer und Makler zugunsten des Käufers, der ausdrücklich von jeder Provisionszahlungspflicht freigestellt werden soll vgl. BGH Urt. v. 12.12.1984, in MDR 1985 S. 826.

Lohnforderung des Mäklers, die er gegenüber dem Nichtauftraggeber geltend machen kann, ohne mit diesem in Vertragsbeziehungen zu stehen, völlig unabhängig von der eigentlichen Provisionsforderung, die vorderhand weiterbesteht ⁶². Der Hauptvertragspartner kann dem Mäkler keine Einreden aus dem Mäklervertragsverhältnis (Valutaverhältnis) entgegenhalten, sondern allenfalls solche aus dem Verhältnis zum Auftraggeber.

Beispiele finden sich ausschliesslich in der deutschen Rechtsprechung ⁶³. Da im deutschen Recht auch unentgeltliche Mäklerverträge anerkannt werden, geht es häufig darum, dem Mäkler eine Vergütung überhaupt (erstmal) zu sichern ⁶⁴. Umstritten ist, ob im Zweifel der Mäkler einen eigenen Anspruch gegen den Nichtauftraggeber erwerbe (BGB 328 I) ⁶⁵, oder nicht (BGB 329: Erfüllungsübernahme) ⁶⁶.

⁶² Hierin liegt der Nachteil dieser Konstruktion für den Auftraggeber: dieser kann nicht verhindern, dass der Mäkler trotzdem gegen ihn vorgeht; für den Mäkler ist die Lösung vorteilhaft: gegenüber dem Nichtauftraggeber hat er zwar Rechte, aber keine Pflichten; ist dieser insolvent, kann er nach wie vor gegen den Auftraggeber vorgehen.

⁶³ Als Möglichkeit erwogen in BGE 46 II 391ff, 398; vgl. auch MDR 1982, S. 1017f; FfZ 1981, Nr. 1720; einen Sonderfall stellt BGH, Urteil vom 30.10.1970, in NJW 1971, S. 93f dar: Provision war von Käufer und Verkäufer geschuldet; bei Verweigerung des Abschlusses war die Verpflichtung auch der anderen Partei gegenüber dem Makler zu übernehmen (Schuldübernahme); vom BGH als Vertragsstrafe zugunsten jeweils des einen und zum Nachteil des anderen Interessenten qualifiziert, die aber auf jeden Fall an den Makler zu leisten war.

⁶⁴ Vgl. auch Schwerdtner, Kommentar §652 Rz 185ff.

⁶⁵ Vgl. BGH, Urteil v. 18.10.1976, in NJW 1977, S. 582: sog. "Verkaufsgebühr"; da ein völlig von der Maklerleistung unabhängiger Schuldgrund vorliege, spiele es keine Rolle, dass der Makler eine Tätigkeit überhaupt nicht erbracht hatte.

⁶⁶ Vgl. LG Marburg, Urteil v. 18.10.1978, in MDR 1979, S. 313: "Abwicklungsgebühr".

C. Entschädigung in Form von Aufwendungsersatz

1. Allgemeines

Die obligationenrechtliche Regelung der Frage, ob der Mäkler neben oder anstelle der grundsätzlich erfolgsorientierten Provision auch eine Entschädigung für seinen Aufwand an Arbeit, Zeit und Geld beanspruchen könne, ist unvollständig. OR 413 III regelt einzig den Sonderfall, dass die Vereinbarung nicht präzisiert, ob Aufwendungsersatz nur bei Erfolg oder auch bei Nichtzustandekommen des Hauptvertrags (und damit regelmässig Fehlen einer Provisionsforderung) geschuldet sei¹. Art der Vereinbarung, Umfang und Höhe des Ersatzes werden offengelassen.

Dies entspricht der Regelung des deutschen BGB (§ 652 II) . Bei den Beratungen wollte man zunächst auf eine Regelung der Problematik ganz verzichten, die wegen der Verschiedenheit der Fälle unmöglich, aber auch unnötig sei². Die Vorkommission fügte jedoch wieder eine diesbezügliche Norm ein, die die Möglichkeit einer Vereinbarung zusätzlich zur Provision vorsah, "um missbräuchliche Ansprüche des Mäklers zu verhüten"³. Erst die Redaktionskommission präzisierte, dies gelte auch dann, wenn der Vertrag nicht zustande komme⁴.

¹ "Soweit dem Mäkler im Verträge für Aufwendungen Ersatz zugesichert ist, kann er diesen auch dann verlangen, wenn das Geschäft nicht zustande kommt"; für das Zürcher OGer ist Aufwendungsersatz an sich ein "wesensfremdes Element" in der Ordnung des Mäklervertrags, vgl. ZR 70, 1971, Nr. 58, S. 163; der Begriff "Aufwendungen" kann m.E. nicht ohne weiteres mit "Auslagen" gleichgesetzt werden, wie bei Hofstetter, S. 130, und Bucher, BesT, S. 171; vgl. hinten S. 60ff.

² Jakobs/Schubert S. 4.

³ Jakobs/Schubert S. 6; der Dresdner Entwurf hatte solche Abreden explizit verbieten wollen.

⁴ Jakobs/Schubert S. 8; gerade dies ist jedoch der Normalfall, vgl. Reichel S. 272.

Im Gegensatz zum BGB enthält das deutsche Wohnungsvermittlungsgesetz ⁵ eine detaillierte, einschränkende Regelung in § 3 II 6, § 4, § 5. Diese wird im Entwurf zur BGB-Neuregelung übernommen ⁷ und ausgebaut. Auslagenersatz im Erfolgsfall wird grundsätzlich unzulässig (E § 654a IV). Hinzu kommt eine allgemein gültige Bestimmung, wonach Abreden unwirksam sind, nach denen "zur Ausführung des Maklervertrages nicht erforderliche oder nicht nachgewiesene Auslagen zu ersetzen sind" (E § 652 IV). Damit wird Pauschalierung ausgeschlossen ⁸.

Auch in der Schweiz bestehen neben dem OR verschiedene Regelungen in der Form kantonalen Mäklergewerbevorschriften ⁹ und als Verbandstarife ¹⁰. Diese Ergänzungen haben jedoch eher zufälligen

⁵ Vom 4.11.1971, BGBI.I S. 1745ff, S. 1747.

⁶ "Ausser dem Entgelt nach § 2 Abs. 1 dürfen für die Tätigkeit, die mit der Vermittlung oder zum Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss von Mietverträgen über Wohnräume zusammenhängen, sowie für etwaige Nebenleistungen keine Vergütungen irgendwelcher Art, insbesondere keine Einschreibgebühren, Schreibgebühren oder Auslagenerstattungen vereinbart oder angenommen werden. Dies gilt nicht, soweit die nachgewiesenen Auslagen eine Monatsmiete übersteigen. Es kann jedoch vereinbart werden, dass bei Nichtzustandekommen eines Mietvertrages die in Erfüllung des Auftrages nachweisbar entstandenen Auslagen zu ersetzen sind."

⁷ Ebenso für die Darlehens- und Ehevermittlung, vgl. E § 654a III, § 655b II2, § 656 II.

⁸ Zeidler, S. 496 N 15; allg. Geschäftsunkosten und Aufwendungen für eigene Arbeitskraft bleiben ausgeschlossen.

⁹ Aargau, Geschäftsagententarif § 3; Bern, Ehevermittlungsverordnung Art. 10 II; Jura, O.I, Art. 14 II; Jura, O.II, Art. premier II; Valais, Tarif Art. 5, 20; Zürich, TarifO §§ 1, 2; Zürich, Darlehensverordnung §§ 13, 14; vgl. hinten S. 208ff.

¹⁰ Tarifordnung SVIT, Sektion Zürich, S. 6; Tarifs Société des Régisseurs, Genève, art. 23c); Ziff. 10 RDM-Wettbewerbsregeln: Einschreibe- und Bearbeitungsgebühren sind standeswidrig.

Charakter und gelten geographisch und sachlich eng begrenzt. Die vom theoretischen Standpunkt aus gesehen unbefriedigende gesetzgeberische Erfassung hat allerdings in der Praxis kaum negative Konsequenzen. Die offen gelassenen Fragen sind nicht zentral und werden zufriedenstellend gelöst ¹¹.

Auf das Verhältnis Aufwendungsersatz - Erfolgsprovision wurde bereits eingegangen ¹². Zusammenfassend ist daran zu erinnern, dass Entgeltlichkeit ein essentielles des Mäklervertrags bildet. Sowohl für den Erfolgs- wie für den Misserfolgsfall ist die Abrede des Aufwendungsersatzes zulässig, aber auch genügend. Seine Höhe richtet sich grundsätzlich nach der effektiven Arbeitsleistung, bzw. nach den getätigten Aufwendungen, der Erfolg ist einzig Fälligkeitstermin.

Aufwendungsersatz kann nur aufgrund ausdrücklicher oder konkludenter Vereinbarung gefordert werden, unabhängig davon, ob daneben eine Erfolgsprovision verabredet ist. Ist dies der Fall, so gilt im Zweifel nach konstanter Praxis Aufwendungsersatz als darin inbegriffen ¹³. Dann ist auch für die Frage der Höhe des Aufwendungsersatzes nicht nach "Provisionsbestandteilen" zu unterscheiden, obwohl er sich, wie erwähnt, nicht nach dem Wert des Geschäfts bemisst ¹⁴. Andererseits genügt bloss konkludente Abrede auch dann, wenn bereits Erfolgsprovision geschuldet wird ¹⁵.

¹¹ Siehe zum Problem des Zustandekommens einer Vereinbarung betreffend Aufwendungsersatz hinten 2., zur Frage des Umfangs hinten unter 3.

¹² Vgl. vorn S. 16ff.

¹³ Vgl. etwa ZR 70, 1971, Nr. 58, S. 163; zwingend im Zürcher Wohnungsvermittlungsgesetz.

¹⁴ Vgl. Guggenbühl S. 182; vgl. hinten (zu OR 417) S. 230f, 241, 263; daraus entsteht dem Mäkler praktisch nie ein Nachteil, da die Aufwendungen wertmässig regelmässig nur einen Bruchteil dessen ausmachen, was er als Erfolgslohn fordern kann.

¹⁵ Guggenbühl S. 182, vgl. Valais, Tarif Art. 5, 20; Aargau, Geschäftagententarif § 3; a.A. die herrschende Lehre, vgl. etwa Oser/Schönenberger 413 N 28.

Die Annahme eines vom Mäklervertrag zu trennenden einfachen Auftrags, falls Aufwendungsersatz nicht ausdrücklich der Erfolgsbedingung unterstellt wird ¹⁶, ist unnötig. Aufwendungsersatz ist zwar von der mäklervertragstypischen Erfolgsprovision klar zu unterscheiden, ist aber vom Gesetzgeber ausdrücklich nicht auf das Recht des einfachen Auftrags beschränkt worden. Dass diese Form des Entgelts im Mäklervertrag praktisch eher eine untergeordnete Rolle spielt, ist irrelevant (und im übrigen nicht zwingend).

Die im schweizerischen Recht bestehende Gestaltungsfreiheit der Vertragsparteien hinsichtlich der Form und der Modalitäten der Mäklervergütung sollte beibehalten bleiben. Es drängt sich nicht auf, nach dem Vorbild des deutschen Entwurfs (*de lege ferenda*) etwa Auslagenersatz zwingend erfolgsunabhängig zu gestalten. Man könnte sich allenfalls fragen, ob nicht für den Fall des Nichtzustandekommens dem Mäkler von Gesetzes wegen Auslagenersatz zugesprochen werden sollte. Diese Konzeption wurde allerdings schon in den Vorarbeiten zum geltenden BGB abgelehnt ¹⁷ und auch im Zuge der BGB-Reform nicht aus dem Referentenentwurf übernommen ¹⁸. Dasselbe Ergebnis kann allerdings im Einzelfall u.U. auf anderer Rechtsgrundlage erreicht werden ¹⁹.

¹⁶ Gautschi 413 N 7a, b; auch ZR 70, 1971, Nr. 58, S. 163.

¹⁷ Mugdan, Motive S. 287.

¹⁸ Vgl. Tonner, BB 1984, S. 241.

¹⁹ SemJud 1961, p. 289ss: Schadenersatz aus culpa in contrahendo, "pour le dédommager des frais, qu'il a engagés et du temps qu'il a perdu..." (p. 293). Der Auftraggeber hatte verschwiegen, dass zur Erfüllung der suspensiv bedingten Geschäftsübernahme auch die Zustimmung seines Sohnes als Miteigentümer nötig gewesen wäre; diese blieb aus. Vgl. auch SemJud 1968, p. 135ss.

2. Vereinbarung ²⁰

Ausdrückliche Aufwendungsersatzabreden bieten, soweit sie den Umfang (dazu sogleich unten) der erfassten Leistungen klar regeln, und nicht nur in (ungelesenen) Vertragsformularen oder AGB "vereinbart" wurden, keine Probleme. Für die Schweiz hat auch letzterer Fragenkreis nur beschränkt Bedeutung, da Mäkler-AGB nicht die gleiche Rolle spielen wie etwa in Deutschland, wo die Vereinbarung einer Aufwendungs-Pauschale nur durch Individualvereinbarungen zulässig ist ²¹. "Damit, dass in dem Vertragsformular mit der Ueberschrift "Maklervertrag" zugleich eine Vereinbarung über Aufwendungsersatz enthalten ist, braucht der Auftraggeber nicht zu rechnen" (Ueberraschungseffekt ²²).

Vorab Auslegungsprobleme stellen sich bei der Frage, ob indirekt, d.h. konkludent, Aufwendungsersatz verabredet sei. Dies ist abzulehnen bei nicht spezifiziertem Spesenvorschuss ²³; ebenso wenn der Auftraggeber "l'invite à exposer des frais extraordinaires" ²⁴. Abbedingung des Kausalitätserfordernisses ändert nichts an der Rechtsnatur des Mäklerlohns als Provision, jedenfalls soweit jeder Hinweis auf einen Vertragswillen fehlt, dass Aufwendungsersatz hätte vereinbart werden sollen ²⁵.

²⁰ Vertragsklausel-Beispiele bei Wurm/Wagner S. 368; Krüger-Doyé S. 160 f; Schranken stellt zum Teil das kantonale Mäklerrecht auf, vgl. hinten S. 214ff.

²¹ Vgl. Schwerdtner S. 159, Fn 182: Rechtsprechungsnachweise.

²² AG Hamburg, Urt. v. 1.9.1969, in MDR 1970, S. 140

²³ Im Zweifel Akonto-Zahlung für Provision, Guggenbühl S. 180; a.A. Reichel S. 5, 271; mögliche Parteivereinbarungen bei Krüger-Doyé S. 160f, Nr. 8.

²⁴ Turrettini p. 98; Reichel S. 269f: entscheidend sei auch hier, ob die vom Mäkler verlangte Tätigkeit über dessen vertraglich vereinbarte hinausgehe oder nicht; Guggenbühl S. 179ff.

²⁵ BGE vom 16.11.1971, in SemJud 1973, p. 298ss; 299: "Dans le cas où l'immeuble ne serait pas vendu par mon intermédiaire, une commission de 1% m'est réservée par les actionnaires"

Umstritten ist, ob in der Exklusivklausel ²⁶ (in Deutschland Alleinauftrag) eine solche Abrede miteingeschlossen sei, was v.a. für den Fall der Verletzung dieser Klausel von Bedeutung ist ²⁷. Die Schweizer Literatur und Rechtsprechung lehnt dies zwar durchwegs ab ²⁸, hält aber andererseits dafür, die im Verletzungsfall fällig werdende Provision bzw. der Schadenersatz dürfe betragsmässig angemessenen Auslagenersatz nicht übersteigen, wodurch faktisch bei vertragswidrigem Beizug weiterer Mäkler das gleiche Ergebnis erzielt wird wie bei Annahme einer konkludenten Abrede. Auch bei sog. "Provisionsgarantien" soll der Aufwendungsersatz betragsmässig die obere Grenze einer Mäklerentschädigung bilden ²⁹.

Deutsche Entscheide argumentieren, im Alleinauftrag lägen infolge der Uebernahme weitergehender Leistungen, als sie der Makler gewöhnlich erbringe, "auftragsrechtliche Züge", was zu Auslagenersatz nach Auftragsrecht führe ³⁰. Im Schweizer Recht ergibt sich aus der Exklusivitätsabrede (allenfalls ³¹) eine Tätigkeitspflicht des Mäklers; Entschädigung dafür ist eben die Konkurrenz

²⁶ Dazu hinten S. 186.

²⁷ Vgl. hinten S. 171, 185ff.

²⁸ SemJud 1968, p. 135ff, 137; SemJud 1953, p. 280ff, 283; Diskutiert werden könnte allenfalls, ob der Mäkler auch dann einen Provisionsanspruch habe, wenn er wegen Direktabschlusses nicht selbst vermitteln konnte; Guggenbühl S. 181, Turrettini p. 99.

²⁹ SemJud 1964, p. 33ss, 39; auf den wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen Provisionsgarantie und Aufwendungsersatz weist insbesondere Schmid S. 171 hin; Reichel, S. 207, betont im Gegenteil, dass bei "Verzicht auf Selbstabschluss" sich der Auftraggeber nur dazu verpflichte, allenfalls Schadenersatz aus eventuellem Provisionsentgang zu leisten, nicht aber, Aufwendungen zu ersetzen.

³⁰ OLG Hamm, Urt.v. 17.5.1973, in NJW 1973, S. 1976 (Glaser/Warncke Nr. 170); kritisch Schwerdtner S. 160; Krüger-Doyé S. 92: auch bei Alleinauftrag nicht automatisch Aufwendungsersatz; so aber Knieper S. 1299.

³¹ Vgl. dazu hinten S. 189, 190ff.

schutzklausel an sich (bzw. umgekehrt). Diese enthält keine konkludente Aufwendungsersatzabrede. Sie nähert auch keineswegs den Mäklervertrag soweit dem Auftrag an, dass auf OR 402 zurückgegriffen werden könnte.

Ohne Vereinbarung, aufgrund von OR 402 II (in Verbindung mit OR 412 II), entsteht Auslagenersatzanspruch als Schadenersatzanspruch, wenn der Auftraggeber es versäumt, den Mäkler von der Aussichtslosigkeit jeder Tätigkeit zu unterrichten, weil der Hauptvertrag bereits - ohne seine Mitwirkung - geschlossen wurde ³². Grundsätzlich nicht anwendbar bleibt OR 402 I, der der mäklerrechtlichen Lösung diametral entgegengesetzt ist ³³.

3. Umfang

Seit langem strittig ist, ob als Aufwendungen nur sog. bare Auslagen ³⁴ (Geld, für Sachen), oder auch sog. unbare, d.h. Arbeitsentgelt, zu ersetzen seien. Die wohl h.M. ³⁵ lehnt dies ab: zu ersetzen seien Reisespesen, Insertionskosten ³⁶, etc., nicht aber "Zeitverluste" ³⁷ oder Löhne für die eigenen Ange-

³² Für den Fall des Direktabschlusses: SemJud 1968, p.135ss, 137.

³³ Guggenbühl S. 179; zu ersetzen sei, was der Mäkler korrekterweise für nützlich halten durfte; Schmid, S. 171, 173; Reichel S. 269ff.

³⁴ Vgl. Gautschi 412 N3d; Turrettini p.100: "seuls les débours", aber ohne Begründung und mit begrifflicher Unklarheit bezüglich der Abgrenzung Aufwendung - Schaden; vgl. zum Auftragsrecht Hofstetter S. 64.

³⁵ Auch in Deutschland, vgl. BGH, Urteil v. 6.2.1980, in NJW 1980, S. 1622: geltend gemachter Anspruch von DM 500.- für eigene Tätigkeit sei nicht als Aufwendung, sondern als Entgelt zu qualifizieren; Büro- und Zeitaufwand falle im Maklerrecht nicht unter den Begriff Aufwendungen, der auf die "reinen Auslagen" zu beschränken sei, so LG Kiel, Urt. v. 21.9.1984, in MDR 1985 S. 54.

³⁶ Bucher, Best, S. 171.

³⁷ Turrettini p. 99.

stellten 38. Anderer Auffassung ist Gautschi, unter Berufung auf die Praxis und mit rein auftragsrechtlicher Argumentation 39. Nach Guggenbühl umfasst der Begriff Aufwendung an sich sowohl Auslagen wie Zeitverluste; dennoch sei die h.L. "verständlich", da bei Einschluss der Zeitverluste die Gefahr bestünde, dass der Mäklervertrag seinen Charakter verliere, und der Makler übermässig honoriert werde 40.

Der Wortlaut des Gesetzes (OR 413 III: "Aufwendungen") ist hier so wenig schlüssig wie an anderen Stellen 41, wo der Begriff Auslagen verwendet wird. Auch der Vergleich mit dem Recht des einfachen Auftrags bleibt unergiebig. Dort sind "Auslagen und Verwendungen" (OR 402 I OR) zu verstehen als "Vermögenseinbussen, die der Beauftragte gewollt hat, um damit den Auftrag zu besorgen" 42. Die Situation ist aber insofern grundsätzlich anders, als der Makler nicht ausschliesslich fremde Interessen wahrnimmt und vor allem nicht für Rechnung des Auftraggebers handelt. Nicht stichhaltig ist auch das Argument, der Mäklervertrag könnte bei Einbezug eines Arbeitsentgelts seinen "Charakter verlieren" 43, jedenfalls dann, wenn die Erfolgsbedingtheit nicht als essentielle verstanden wird 44.

M.E. ist für die Frage des Umfangs des Aufwendungsersatzes generell analog zu OR 414 45 vorzugehen, und mangels Abrede

38 Oser/Schönenberger 413 N 28

39 Gautschi 413 N 7c; zitiert aber nur ZBJV 80, 1944, S. 285

40 Guggenbühl S. 179ff, 183.

41 Z.B.: OR 431, 485, 537.

42 Hofstetter S. 64; die Terminologie sei äusserst vielfältig.

43 Guggenbühl S. 181; ebensowenig schlüssig ist, dass OR 413 III einschränkend auszulegen sei; die Gefahr "übermässiger Honorierung" besteht grundsätzlich auch, wo neben Erfolgsprovision nur Barauslagenersatz vereinbart ist.

44 Vgl. vorn S. 28ff.

45 Grundsätzlich anwendbar ist auch OR 417 (Herabsetzung) (a.A. Guggenbühl S. 162ff, 184); ein praktisches Bedürfnis besteht aber kaum. Uebersetzter Aufwendungsersatz in Form von Pro- ./.

zunächst auf kantonale Tarife abzustellen. Als Beispiel sei der Aargauische Geschäftsagententarif genannt, der für die Liegenschaftenvermittlung folgende Regelung trifft: zu ersetzen sind nach § 2 "Auslagen (Briefporti, Stempeltaxen, amtliche Taxen, Telephon, Telegraph usw.)" sowie nach § 3 VII i.V.m. § 3 II weitere Spesen, insbesondere Reisetaxen. Nur für andere Geschäftsbesorgungen kann Auslagenersatz für Verhandlungen, Aktenstudium, Beratungen etc. verlangt werden (vgl. § 3 V). Verbandstarife können als Uebung massgebend sein. Die Tarifordnung des SVIT, Sektion Zürich, 1983, sieht vor, dass ohne anderslautende Vereinbarung lediglich Inserate- und Werbekosten zu Lasten des Auftraggebers gehen, alle übrigen Spesen zu Lasten des Beauftragten 46.

Häufig werden Tarife und auch nachweisbare Uebung jedoch fehlen. Bei Auslegung/Ergänzung gemäss dem hypothetischen Parteiwillen ist zu differenzieren 47. Ist nur Aufwendungsersatz vereinbart, so ist im Erfolgs- wie im Misserfolgsfall auch Arbeitsaufwand zu ersetzen. Das gleiche gilt, wenn Aufwendungsersatz neben Provision für den Fall des Nichtzustandekommens versprochen ist. Anders nur, wenn bei Erfolg beides geschuldet ist; dann wird blosser Spesenersatz dem Parteiwillen entsprechen, da nicht anzunehmen ist, sie hätten doppelte Arbeitsentschädigung gewollt. Mit Aufwendungen sind jedenfalls nur solche für das konkrete Geschäft getätigte gemeint. Laufende oder Pauschalunkosten (Büromiete, Personalkosten) dürfen nicht verrechnet werden 48.

visionsgarantien dürfte schon über OR 20 auf das angemessene Mass zurückgestutzt werden; dazu auch hinten S. 163ff, S. 139.

46 Punkt 4. am Ende; vgl. auch den bei Thilo p. 73 erwähnten Formularvertrag der Société vaudoise, nach dem einzig "frais de publicité" im Fall des Misserfolgs zu ersetzen seien.

47 Nicht massgebend kann dabei m.E. sein, dass die erwähnten vereinzelt kantonalen Tarife im Ergebnis (wie die h.L.) auftraggeberfreundlich sind.

48 Vgl. LG Frankfurt, Urteil v.23.8.1976, in BB 1976, S. 1531 (Glaser/Warncke Nr.399); OLG Hamburg, Urt. vom 30.11.1973, ./.

4. Ausservertragliche Aufwendungen

Unbestritten ist, dass nur "impensae utiles" zu ersetzen sind ⁴⁹. Schwierigkeiten bereitet die Abgrenzung zwischen vertraglichen und ausservertraglichen Aufwendungen. Erstere fallen im Rahmen der eigentlichen Mäklertätigkeit, also Nachweisen oder Vermitteln, an, letztere nicht ⁵⁰. Die deutsche Lehre und Rechtsprechung spricht von "Sondervergütungen", worunter etwa die Aufstellung von Teilungsplänen bei Wohnungsvermittlung, die Beantragung von behördlichen Genehmigungen, Finanzierungsberatung, Vornahme von Schätzungen zu vermittelnder Objekte, Verwaltung von Wohnungen falle ⁵¹. Sondervergütung kann und wird regelmässig erfolgsunabhängig sein ⁵². Ersatz solcher Auslagen ist aber, wie im Schweizer Recht, nur bei besonderer, von der Aufwendersatzabrede zu trennender, Vereinbarung geschuldet. Keine Rolle für die Qualifikation spielt die Höhe der Aufwendungen.

Keine Sondervergütungen stellen die im Rahmen der Wohnungsvermittlung üblich gewesenen "Nebenentgelte" (vor allem Einschreibe- und Bearbeitungsgebühren) dar ⁵³, die gesetzlich weitgehend ver-

in MDR 74, S. 580; pauschalierter Auslagenersatz im BGB E 652 IV, Satz 2 verboten; zum Recht des einfachen Auftrags, vgl. Hofstetter S. 65.

⁴⁹ Vgl. auch Guggenbühl S. 180.

⁵⁰ Vgl. Guggenbühl S. 180; vgl. bei Zeidler, S. 495 N 13 zu BGB E 652 II; Vollkommer S. 667; Jung, ZIP, S. 903; Tonner, BB 1984, S. 241; nicht mit ausservertraglichen Aufwendungen zu verwechseln sind unüblich hohe Aufwendungen, etwa aufgrund besonderer Weisungen des Auftraggebers, vgl. hinten S. 73, Fn 47.

⁵¹ Vgl. BGB E 652 II BGB.

⁵² BGB E 652 IV verwendet bewusst nur diesen Begriff, um "die Ersatzfähigkeit reiner Eigenaufwendungen des Maklers auszuschliessen", so Jung, ZIP, S. 904.

⁵³ Im Bereich der Liegenschaftenvermittlung verpönt, in Deutschland sogar standeswidrig.

boten sind ⁵⁴. Unzulässig in diesem Bereich ⁵⁵ sind fast durchwegs auch Vorleistungen, gleichgültig, ob sie als Akontozahlung an Erfolgsprovision oder Aufwendersersatz-Bevorschussung zu qualifizieren wären ⁵⁶.

⁵⁴ § 1 III der Zürcher Tarifordnung: "Die Erhebung von Einschreibe- oder sonstigen Gebühren ist nicht zulässig"; vgl. vorn S. 55 Fn 6; zum deutschen Wohnungsvermittlungsgesetz § 3 II; zur Begründung vgl. hinten S. 216ff.

⁵⁵ Nicht bei Liegenschaften- und Darlehensvermittlung; vgl. aber BGB E 652 III: Generelles Vorschussverbot; vgl. die nicht überzeugende Begründung bei Jung, ZIP, S. 903f; Vollkommer, S. 677.

⁵⁶ Vgl. vorn S. 18, S. 58 Fn 23.

D. Erfolgsprovision

I. Gesetzliche Provisionsvoraussetzungen (OR 413 I)

1. Mäklertätigkeit

1.1. Allgemeines

Nach OR 413 I ist Grundvoraussetzung für die Entstehung des Provisionsanspruchs, dass der Erfolg i.S. des Hauptvertragsabschlusses kausal auf das Wirken des Mäklers, d.h. dessen Nachweis oder Vermittlung, zurückzuführen ist. Die beiden Kriterien der Tätigkeit und der Kausalität lassen sich praktisch kaum auseinanderhalten. Ob der Mäkler überhaupt, ob er "auftrags- oder vertragsgemäss" tätig war, ob er allenfalls trotz ungenügender Tätigkeit die Provision verdient hat, fällt beim Vermittlungsmäkler mit der Frage zusammen, ob er beim Interessenten zumindest ein Motiv für den Abschluss gesetzt hat ¹.

Entfaltung genügender und geeigneter Aktivität bildet vor allem die Basis der Entstehung der Vermutung der Kausalität. "L'effet d'une absence ou d'une insuffisance d'activité est simplement que le courtier s'expose à ce que le contrat objet du courtage arrive à chef sans que cela puisse être aucunement attribué au courtier, et à ce que la condition principale (sic) justifiant sa rémunération ne puisse donc être tenue pour réalisée" ². Die praktischen Anforderungen an den Umfang der Tätigkeit sind im Erfolgsfall gering; dem Auftraggeber kommt es primär auf den Abschluss des Hauptvertrags an, weniger auf den Umfang des Beitrags, den der Mäkler dazu geleistet hat ³. Zu prüfen ist dennoch, ob er einwenden könne, die Provision sei infolge ungenügender Tätigkeit nicht verdient.

¹ Vgl. Guggenbühl S. 245; hinten S. 84ff; beim Nachweismäkler stellt sich das Problem des "psychologischen Zusammenhangs" (Kausalität) nicht, vgl. hinten S. 81ff.

² RVJ 1977, p. 365.

³ Vgl. hinten S. 66ff.

Anschliessend ist kurz auf die Fragen einzugehen, ob der Mäkler persönlich tätig werden müsse, und ob der Auftraggeber im Zeitpunkt des Hauptvertragsabschlusses Kenntnis von der (erfolgreichen) Tätigkeit des Mäklers haben müsse, soll dieser den Provisionsanspruch nicht verlieren.

1.2. Auftragsgemässe Tätigkeit; Bedeutung der Unterscheidung Nachweis - Vermittlung

Nach herrschender Auffassung ist Mäklerlohn nur geschuldet, wenn der Mäkler im Sinne des Auftraggebers, d.h. gemäss den im Mäklervertrag festgelegten Richtlinien tätig geworden ist. Nicht jede beliebige, also auch völlig sinnlose Tätigkeit genüge. Nach dem Grundsatz der "auftragsgemässen" Tätigkeit seien die tatsächlichen Aktivitäten zu messen an den im Mäklerauftrag diesbezüglich enthaltenen Erwartungen der Parteien ⁴. "Der Mäklerlohn wird also nur geschuldet, wenn das Zustandekommen des Vertrags darauf zurückzuführen ist, dass der Mäkler eine Tätigkeit von der Art, wie sie vereinbart wurde, entfaltet hat " ⁵.

Diesbezüglich werden gewöhnlich die in OR 412 I (BGB 652) erwähnten Tätigkeitsarten und demgemäss Nachweis- und Vermittlungsmäkler strikt unterschieden. Keine Provision zu fordern hat grundsätzlich der Nachweismäkler, der vermittelt ⁶, ebensowenig der Vermittlungsmäkler, der nachweist.

⁴ Guggenbühl S. 246 stellt die Frage, welches "Mass an Förderlichkeit" die Tätigkeit des Mäklers aufweisen müsse.

⁵ BGE 90 II 92ff, 96.

⁶ Schwerdtner S. 24 Rz 17; OLG Frankfurt, Urt. v. 23.6.1982, in MDR 1984, S. 53f: Der Mäkler weist verschiedene Interessenten nach und verhandelt darüber hinaus auch mit solchen, die der Arbeitgeber bereits kennt; Hauptvertrag kommt aufgrund der Vermittlung zustande, aber mit nicht nachgewiesenem Interessenten. Provisionspflicht abgelehnt: Nachweis wurde nicht erbracht, Vermittlung war nicht Vertragsinhalt.

Nur vereinzelt wird eingewendet, die Unterscheidung sei oft schwierig, der Uebergang fliessend ⁷, es gehe um eine "question de degré" ⁸, de lege ferende sei die Trennung abzuschaffen ⁹.

Die Bedeutung der Unterscheidung wird m.E. überbewertet. Der Gesetzgeber erwähnte lediglich die beiden häufigsten und hervorstechendsten Einsatzmöglichkeiten für den Mäkler: Hilfe bei der Kontaktherstellung einerseits, bei Vertragsverhandlungen andererseits ¹⁰. Die gesetzlichen Begriffe "Nachweisen" und (OR 412 und 413: "oder") "Vermitteln" sind jedoch völlig unbestimmt und werden nirgends definiert ¹¹. Die von der Praxis entwickelten Formeln, was darunter zu verstehen sei ¹², haben nur deskriptiven Wert und dürfen nicht von der wesentlicheren Frage der Kausalität sowie davon ablenken, dass die Parteien im Einzelfall nach Belieben eine Tätigkeit vereinbaren können ¹³. Sonst besteht die Gefahr, dass "vertragsgemäss" zu "gesetzesgemäss" umfunktioniert wird. Es gibt keine von Gesetzes wegen verlangte "Mindest-Nachweis- oder Vermittlungstätigkeit".

⁷ Turrettini p. 136.

⁸ Minola p. 132.

⁹ Schwerdtner, S. 23 Rz 17.

¹⁰ Reichel S. 152ff; Guggenbühl S. 246; Hofstetter S. 127; so auch BGE 90 II 92ff, 99 E3a, unter Bezugnahme auf BGE 40 II 527ff; ursprünglich ging es einzig darum, klarzustellen, dass auch bei Nachweis Provision erst mit Hauptvertragsabschluss verdient sei, vgl. bei Jakob/Schubert, S. 2, zur Beratung des Dresdner Entwurfs.

¹¹ Das Bundesgericht will juristische Begriffsauffassungen, d.h. die Definitionen von Lehre und Rechtsprechung dann berücksichtigen, wenn beide Mäklervertragspartner geschäftskundig sind, vgl. BGE v. 12. 11. 1946 in ZR 46, 1947, Nr. 1, S. 6.

¹² Vgl. bei Guggenbühl S. 249; ZR 63, 1964, Nr. 135, S. 338f; Becker 412 N5; Reichel S. 147, 155.

¹³ Vgl. Guggenbühl S. 250.

Dennoch ist auf die Begriffe kurz einzugehen:

Nachweis erfolgt durch erstmalige Kenntnisverschaffung einer Abschlussgelegenheit ¹⁴. In der Mitteilung derselben erschöpft sich die vom Makler verlangte Tätigkeit. Der Nachweismakler muss dem Auftraggeber "ausreichende Wissensgrundlagen zur Ermöglichung von Verhandlungen verschaffen" ¹⁵. Uebersendung einer langen Interessentenliste, die den Auftraggeber zu weiteren zeitraubenden Ermittlungen zwingt, stellt keinen Nachweis dar ¹⁶. Der nachgewiesene Interessent (direkt oder über das Objekt benannt) muss grundsätzlich zum Abschluss geeignet und gewillt sein ¹⁷. Nachweis ist *conditio sine qua non* für das Zustandekommen des Hauptvertrags, wenn dem Auftraggeber die Gelegenheit nicht bereits bekannt war. Andererseits schliesst Vorkennntnis begrifflich Nachweis aus ¹⁸.

Fälle der Bestreitung eines "genügenden" Nachweises finden sich in der Rechtsprechung selten. Wird Nachweis nicht erbracht, aber erfolgreich vermittelt ¹⁹, muss m.E. der Auftraggeber klarstellen, dass dafür keine Provision geschuldet sei. Andernfalls ist anzunehmen, Art und Umfang der Tätigkeit seien einverständlich geändert worden.

¹⁴ Unveröffentlichter BGE v. 5.2.1975, S.5; BGE 84 II 527; BGE 72 II 89; SemJud 1979 p. 623f; ZR 45, 1946, S. 245 Oser/Schönenberger 413 N 23; Glaser/Warncke S. 119-130, Schwerdtner S. 19 Rz 15.

¹⁵ Schwerdtner S. 21 Rz 16; OLG Frankfurt, Urt. v. 23.6.1982, in MDR 1984, S. 53.

¹⁶ Vgl. Turretini p. 138; OLG München, Urt. v. 7.11.1973, in BB 1973, S. 1551.

¹⁷ Guggenbühl S. 256; ZR 63, 1964, Nr. 135; dazu sind aber Vorbehalte anzubringen, vgl. hinten S. 116ff.

¹⁸ Nach Schwerdtner, S. 102 Rz 105, ändere Vorkennntnis zwar nichts am Nachweis, zerstöre aber die Kausalität; vgl. auch hinten S. 83, 127.

¹⁹ Vgl. vorn S. 66 Fn 6.

Fraglich erscheint dagegen häufig, ob Vermittlung im engeren Sinn 20 genügend im Sinn von vertragsgemäss war (und damit, wiederum von grösserer Bedeutung, kausal für den Hauptvertragsabschluss war). Vermittlung besteht in der Beeinflussung des Interessenten im Hinblick auf dessen Abschlussbereitschaft 21. Sie ist aber nicht auf jeden Fall mehr als blosser Nachweis 22. Vermitteln kann zwar insofern ein "mehr" an Aktivität bedeuten, als der Mäkler u.U. zusätzlich zur Kontaktherstellung aktiv an den Hauptvertragsverhandlungen beteiligt ist. Da jedoch für Bejahung der Kausalität Setzen eines einzigen Motivs genügt 23, muss, wenn der Interessent dem Auftraggeber nicht bereits bekannt war (sog. "reiner Vermittlungsauftrag" 24), auch Nachweis genügen 25. Ob eine andere als Nachweistätigkeit vertragsgemäss, d.h. genügend war, beurteilt sich praktisch einzig danach, ob der Erfolg eintrat oder nicht 26.

Mit dem Bestreiten vertragsgemässer und damit genügender Tätigkeit des Mäklers allein, was ohnehin praktisch nur bei Vereinbarung von Vermittlung in Frage kommt, kann im Ergebnis dessen Provisionsanspruch kaum je zu Fall gebracht werden. Zudem kann trotz Fehlens auftragsgemässer Tätigkeit die Provision nach Treu und Glauben doch verdient sein, wenn etwa der Mäkler bewusst am Verhandeln gehindert wurde 27, oder der Interessent bereits

20 Vereinbarung von Vermittlung i.e.S. liege im "Auftrag, zu verkaufen", so ZR 34, 1935, S. 48; ZBJV 53, S. 340ff; ebenso in der Zusage, "den Auftraggeber über den Fortgang der Bemühungen auf dem Laufenden zu halten", ZR 46, 1947, S. 2; klarer Fall von Vermittlungsmäkelei: BGE 110 II 276ff, 277.

21 Vgl. vorn S. 4, hinten S. 84.

22 So ausdrücklich Schwerdtner S. 13; diese (m.E. verfehlte) Auffassung liegt auch verschiedenen Urteilen zugrunde.

23 Vgl. hinten S. 85.

24 Schwerdtner S. 13.

25 Im Ergebnis gleich Guggenbühl S. 260.

26 "Weitherzige Beurteilung" fordert Guggenbühl S. 246.

27 BGE 40 II 532f; der Auftraggeber darf nicht nach erfolgtem Nachweis die Initiative an sich reissen und dem Mäkler zum ./.

abschlussbereit und eine Beeinflussung somit überflüssig war ²⁸. Im letzten Fall liegt nach der deutschen Lehre auch in der Zusammenführung der Parteien eine Vermittlung ²⁹. Dem Mäkler kann nicht schaden, dass der Dritte sich eine Vermittlung ausdrücklich verbittet ³⁰. Mit der Frage, "ob die blossе Vermittlung bei den Verhandlungen mit einem nicht vom Mäkler nachgewiesenen Kaufinteressenten grundsätzlich und auch im vorliegenden Fall überhaupt als Mäklertätigkeit aufgefasst werden könnte" ³¹, wollte das Bundesgericht wohl bloss Zweifel an genügender Einflussnahme, d.h. an der Kausalität äussern.

Klauseln, in denen sich der Mäkler zu bestimmten Tätigkeiten ausdrücklich verpflichtet, ändern nichts an der Irrelevanz des auftragsgemässen Handelns für die Frage der Provisionsentstehung. Dies gilt auch ohne besondere Abrede, wird jedoch, wie in der SVIT-Tarifordnung, meistens betont: "Die Liegenschaftenvermittlung umfasst im allgemeinen folgende Leistungen, ohne dass der Provisionsanspruch von etwas anderem als dem Nachweis des Käufers abhängig wäre" ³². Vorformulierte Leistungskataloge konkretisieren allenfalls die Mäklertreuepflichten.

1.3. Zweifelsfälle

Wie steht es mit dem Kriterium der vertragsgemässen Tätigkeit, wenn die Frage der Art bzw. des Umfangs der Mäklertätigkeit von den Parteien offen gelassen wurde? ³³ Naheliegend wäre es in

Vorwurf machen, er habe nicht verhandelt.

²⁸ BGE 20, 1142; ZR 63, 1964, Nr. 135, S. 337; Guggenbühl S. 261.

²⁹ Vgl. Schwerdtner S. 17 Rz 14; dem ist zuzustimmen.

³⁰ ZR 63, 1964, S. 338; konkludenter zweiter (Nachweis-)Vertrag?

³¹ BGE 97 II 358.

³² Tarifordnung SVIT, Sektion Zürich, Ausgabe 1983, S. 4; vgl. auch bei Krüger-Doyé, S. 156f.

³³ Häufige Konstellation, da i.d.R. Umfang nicht abschätzbar; vgl. von Büren, 209f; ZR 41 Nr. 34; ZR 35 Nr. 3, S. 15; ZR 63 Nr. 135, S. 336 (ZH OGer); Becker 412 N 5; Gautschi 412 S. 95f, 101f.

diesem Fall, jede kausale Mäklertätigkeit, gleich welcher Art, genügen zu lassen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung³⁴ soll dies schon deshalb ausgeschlossen sein, weil die Qualifizierung des Auftrags als Vermittlungs- oder Nachweis-Mäklervertrag Essentiale für das Zustandekommen des Vertrags sei³⁵. Auch bei Fehlen jeder diesbezüglichen Erörterung sei "unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere des früheren oder späteren Verhaltens der Parteien", zu prüfen, ob und gegebenenfalls in welchem Sinn eine solche Einigung zustande gekommen sei³⁶. In casu kam das Bundesgericht zum Schluss, nach Treu und Glauben bzw. Vertrauensprinzip hätte der Auftraggeber einen Vorbehalt anbringen müssen, es sei mehr verlangt als blosser Nachweis, nachdem dieser erfolgt war und feststand, dass vermitteln unmöglich war, weil der Vertragspartner dies nicht wünschte.

M.E. liegt in der Festlegung der Art der Tätigkeit kein Hauptpunkt³⁷. Ein solches Erfordernis wäre schon angesichts der Häufigkeit der Ungewissheit über die Frage lebensfremd³⁸. Damit entfällt einerseits die "Notwendigkeit", eine Einigung zu konstruieren, wo keine vorlag. Das ohnehin fragwürdige Kriterium der vertragsgemässen Tätigkeit wird obsolet, wo es den Parteien offensichtlich nicht auf eine bestimmte Art von Tätigkeit ankam. Setzen bereits eines Motivs, und damit Nachweis allein, genügt. Die kantonale Rechtsprechung lässt die Frage regelmässig dann offen, wenn Indizien dafür sprechen, dass Vermittlung i.e.S. gemeint war und jedenfalls Bemühungen des Mäklers über den Nachweis hinaus vorliegen³⁹.

³⁴ BGE 90 II 92ff, 103 E6; BGE v. 12.11.1946 (ZR 46, 1947, Nr. 1, S. 6ff); RVJ 1979, p. 362ss, 367; BJM 1974, S. 24ff, S. 27ff.

³⁵ BGE 90 II 103 E6.

³⁶ Fraglich auch der Beizug von OR 2; vgl. vorn S. 25 Fn 28; fragwürdige Definition als "Zuführung" aus den Vertragsumständen, in ZR 78, 1979, S. 145.

³⁷ Vgl. auch Gautschi Vorb. zu Art. 412ff, N 3a, b.

³⁸ Vgl. vorn Fn 33.

³⁹ ZR 46, 1947, Nr. 1, S. 1ff.

Der Mäkler hat nicht einen Nachweismäklervertrag zu beweisen, damit ein Mäklervertrag überhaupt besteht und die "Vertragsgemässheit" gegeben ist, sondern nur (aber immerhin), dass die Art der Tätigkeit offen blieb, er jedoch den Nachweis im Sinne einer *conditio sine qua non* für den zustandegewonnenen Hauptvertrag erbrachte. Der Auftraggeber kann und muss den Nachweis erbringen, dass trotz vertraglich unbestimmten Umfangs der Mäklertätigkeit Provision nur unter bestimmten Voraussetzungen geschuldet sein sollte. Dies wird im Erfolgsfall praktisch nur dann möglich sein, wenn der Mäkler schon den Nachweis nicht erbrachte, seine Vermittlungstätigkeit offensichtlich unterhalb des üblichen Ausmasses lag ⁴⁰ und vor allem nicht kausal war.

Im Ergebnis kann somit die Frage offen gelassen werden, ob Nachweis oder Vermittlung "geschuldet" sei; regelmässig wird dann auch der "blosse" Nachweis den Provisionsanspruch entstehen lassen ⁴¹. Es ist m.E. müssig, Vermutungen ⁴² zu konstruieren, nach denen im Zweifel bereits Nachweistätigkeit genüge. Uebungen, nach denen bestimmte Kategorien von Mäklern Provision ausschliesslich aufgrund bestimmter Tätigkeitsarten verdienten, sind nicht nachweisbar und müssten von den Parteien zum Vertragsinhalt gemacht worden sein ⁴³.

⁴⁰ Vgl. ZBJV 80, 1944, 287; Guggenbühl S. 248.

⁴¹ Vgl. ZR 46, 1947, Nr. 1, S. 1ff; ZR 63, 1964, Nr. 135 (ZH OGer); Rep 1969, p. 253s; zum gleichen Ergebnis kommt von Büren, S. 209f, aufgrund "teleologischer Betrachtung": Vermittlungstätigkeit sei "eher sekundärer Art, sie steht hinter dem Entdecken und Kundbarmachen von Bedürfniskorrespondenz regelmässig zurück"; so auch Schwerdtner, S. 20 Rz 15; Schwerdtner Kommentar § 652 Rz 54; Werner § 652 Rz 10.

⁴² Vgl. ZR 63, 1964, Nr. 135, S. 336; BGE 90 II 101; Becker 412 N 9; Guggenbühl S. 249; a.A. Bucher, BesT, S. 171: bei Berufsmäklern genüge Nachweis; Schwerdtner S. 16ff Rz 14, S. 20, 24; BGH, Urt. v. 19.4. 1967, in NJW 1967, S. 1365.

⁴³ Möglicherweise im Bereich der Wohnungsvermittlung, wo Nachweistätigkeit völlig dominiert.

1.4. Tätigkeit aufgrund von Weisungen?

Gleichgültig, ob der Umfang der Mäklertätigkeit bei Mäklervertragsabschluss festgelegt wurde oder nicht, steht es den Parteien frei, diesen einverständlich nachträglich klarzustellen. Soweit darin eine Abänderung der Provisionsvoraussetzungen liegt, kann der Auftraggeber nicht mittels einseitiger Weisungen für den Mäkler verbindliche Regelungen treffen. Weisungen im Hinblick auf die Tätigkeitsausübung sind dagegen zulässig (OR 397 I i.V.m. OR 412 II) ⁴⁴, obwohl grundsätzlich der Mäkler in der Gestaltung seiner Tätigkeit frei ist ⁴⁵. Aus BGE 84 II 525 ⁴⁶ kann nicht das Gegenteil geschlossen werden; Weisungen lagen nicht vor. Für Aufwendungen, die dem Mäkler bei der Ausführung erwachsen, wird der Auftraggeber aus OR 413 III ersatzpflichtig (stillschweigende Vereinbarung), soweit sie den Rahmen des Ueblichen übersteigen ⁴⁷. Erhöhte Bedeutung gewinnt die Weisungsbefolgungspflicht, wenn der Mäkler zur Tätigkeit verpflichtet ist, nach h.L. also etwa im Exklusivmäklervertrag ⁴⁸. Nichtausführung löst als Treuepflichtverletzung Schadenersatzpflicht aus ⁴⁹, tangiert jedoch den Provisionsanspruch nicht.

Abweichungen im Rahmen von OR 397 I bleiben vorbehalten ⁵⁰. OR 397 II ist nicht anwendbar; der Mäklervertrag bleibt erfüllt, da die Einhaltung blosser Weisungen mangels ausdrücklicher Abrede nicht Provisionsvoraussetzung ist.

⁴⁴ Vgl. auch ZR 46, 1947, Nr. 1, S. 4: Verpflichtung, vor Besichtigung Einwilligung des Auftraggebers einzuholen; Guggenbühl S. 109; a.A. Gautschi 412 N 8c.

⁴⁵ Vgl. BGE 103 II 129ff, 134.

⁴⁶ "En principe, il n'a pas l'obligation de prendre l'avis du mandant".

⁴⁷ Vgl. Guggenbühl S. 109; Beispiel: kostspielige Inserate oder Reisen; Hofstetter S. 78f; vgl. auch vorn S. 63.

⁴⁸ Vgl. dazu hinten S. 190ff.

⁴⁹ Hofstetter S. 80f.

⁵⁰ ZR 46, 1947, S. 4.

1.5. Verzicht auf das Tätigkeitserfordernis?

OR 413 I gilt als Norm dispositiver Natur. Die Erfordernisse des Erfolgs und der Kausalität sind mindestens teilweise abdingbar ⁵¹.

Ob auf das Erfordernis einer Tätigkeit gänzlich verzichtet werden könne, ist eine theoretische Frage. Die Lehre verneint zu recht. Zwar genüge häufig minimale Tätigkeit; ohne jede Tätigkeit liege aber bedingtes Schenkungsversprechen, nicht Mäklervertrag vor ⁵². Infolge des engen Zusammenhangs mit dem Erfordernis der Kausalität stellt sich jedoch die Frage, ob der Verzicht auf dieses nicht implizite auch Verzicht auf Tätigkeit überhaupt beinhalte ⁵³. Dies ist zu verneinen. Andernfalls würde, wie das Bundesgericht feststellt ⁵⁴, die - im übrigen unbestrittene - Gültigkeit einer Exklusivklausel mit Kausalitätsverzicht in Frage gestellt. Verzicht auf den Kausalitätsnachweis ist primär Beweis-hilfe, die den Makler, der Provision fordert, nicht auch vom Tätigkeitsnachweis entbindet ⁵⁵. Diesem kommt im Gegenteil erhöhte Bedeutung zu.

1.6. Persönliche Tätigkeit (Untermäkler)

Ohne Zweifel ist der Makler zum Beizug von Hilfspersonen (OR 101) befugt ⁵⁶. Wie steht es mit dem Beizug von sog. Untermäklern, d.h. selbständigen Substituten im Sinne von OR 398 III i.V.m.

⁵¹ Vgl. hinten S. 137ff, 132ff.

⁵² Hofstetter S. 127; Oser/Schönenberger 413 N 18; Becker 412 N 12; Guggenbühl S. 245f.

⁵³ Krüger-Doyé S. 64 bejaht dies für den deutschen Alleinauftrag.

⁵⁴ BGE 100 II 361ff, 366 E3.

⁵⁵ Vgl. auch Oser/Schönenberger 413 N 18 a.E.

⁵⁶ Im deutschen Recht wird nur der Erfüllungsgehilfe als Untermakler bezeichnet; die Qualifikation des Rechtsverhältnisses zum Hauptmakler ist fraglich (partiarisches Rechtsverhältnis, Vertrag eigener Art, Hilfsvertrag zum Maklervertrag), vgl. Werner vor § 652 Rz 13.

OR 412 I 57? Die Bestimmung des einfachen Auftrags lässt Auftragsweitergabe nur zu, wenn der Beauftragte "zur Uebertragung an einen Dritten ermächtigt oder durch die Umstände genötigt ist, oder wenn eine Vertretung Übungsgemäss als zulässig betrachtet wird". Die herrschende Meinung nimmt an, eine solche Übung bestehe für Mäklergeschäfte ⁵⁸. Das Vertragsverhältnis sei lose, die Persönlichkeit des Mäklers spiele keine wichtige Rolle ⁵⁹. Das tatsächliche Bestehen einer Übung wird allerdings nicht nachgewiesen, sondern bloss behauptet ⁶⁰. Die Tätigkeit des Mäklers weist nicht nur, soweit es um die psychologische Beeinflussung von Interessenten geht, durchaus einen persönlichen Charakter auf ⁶¹. Dies trifft auch für den Nachweismäkler zu; die Auswahl geeigneter Interessenten kann sehr anspruchsvoll sein. Wer bewusst einen patentierten Mäkler beauftragt, wer auf spezifische Fachkenntnisse abstellt oder Wert auf Diskretion legt,

⁵⁷ Zur Abgrenzung Hilfsperson - Substitut : vgl. von Tuhr/Siewart/Escher S. 24; Gautschi 398 N 40 c; Bucher Best S. 144ff; Guggenbühl S. 304; Hofstetter S. 72f; der Beizug weiterer Mäkler kann auch zur Entstehung einer einfachen Gesellschaft (OR 530) führen, vgl. RVJ 1980 p. 261ss; zu den sog. Gemeinschaftsgeschäften nach deutschem Recht vgl. Glaser/Warncke S. 41f, 297ff.

⁵⁸ Vgl. ZR 41, 1942, Nr. 34; Luzern OGer, Urt. v. 21.9. 1955, in Maximen 1951-60, S. 247 Nr. 335; Guggenbühl S. 305; Turrettini p. 25ss; BGE 76 II 382: Unbefugte Weitergabe liege selten vor.

⁵⁹ Oser/Schönenberger 412 N 23, mit Einschränkungen; Guggenbühl S. 305; Becker 412 N 15; Reichel S. 124f; implizit auch Hofstetter, S. 72, der andererseits betont, gerade beim Mandat als dem Arbeitsvertrag der liberalen Berufe komme es "häufig auf die Persönlichkeit des Beauftragten an"; vgl. auch Friedrich S. 458f.

⁶⁰ Zu recht gegen die Annahme einer solchen Übung ist Gautschi 412 N 9e; dem deutschen Handelsmäkler ist Substitution untersagt, vgl. Zeidler zu HGB §93 Rz11; anders für den Zivilmäkler Dyckerhoff S. 35; BGH in BB 1968, S. 730.

⁶¹ Vgl. Gautschi 412 N 9b.

wird und muss nicht damit rechnen, dass ohne seine Einwilligung ein fremder Vermittler eingeschaltet wird. Dass infolge der regionalen Gebietsaufteilung im Mäklergewerbe Substitution häufig nicht vermeidbar ist, stellt keinen Anwendungsfall einer Nötigung durch die Umstände dar ⁶².

Der Mäkler hat in der Regel vorgängig um Ermächtigung zur Auftragsweitergabe zu ersuchen ⁶³. Die Statuierung einer blossen Informationspflicht nach erfolgtem Beizug genügt nicht. Diese Lösung ist auch für den Mäkler vorteilhaft. Hat der Arbeitgeber Einwände gegen die Substitution, bleibt ihm sonst nur der Widerruf des Mäklervertrags. Da nicht von unzeitigem Rücktritt gesprochen werden könnte, fiel Schadenersatz zugunsten des Mäklers ausser Betracht. Im Streit hätte dieser den - schwierigen - Nachweis einer Uebung oder nötigender Umstände zu erbringen ⁶⁴. Bei unbefugter Weitergabe muss der Mäkler schon deshalb mit Provisionsverlust rechnen, weil ihm der Erfolg, bewirkt durch den Untermäkler, auch nicht mittelbar anzurechnen ist ⁶⁵.

Auch im Untermäklervertrag kann fraglich sein, worin die Tätigkeit des Untermäklers bestehen müsse. Ist für den Hauptmäklervertrag blosser Zuführung, nicht Vermittlung, vereinbart, spreche eine "zwingende Vermutung dafür, dass der Anspruch des Unterbeauftragten..jedenfalls keinen strengeren Voraussetzungen unterliegt" ⁶⁶. Dem ist insofern zuzustimmen, als es wiederum am Auftraggeber (Hauptmäkler) läge, Zweifel darüber zu beseitigen,

⁶² Vgl. Gautschi 412 N 9i.

⁶³ Er haftet theoretisch nach OR 399 I; vgl. dazu Gautschi 412 N 9f; zur Haftung nach deutschem Recht vgl. die Fälle bei Dyckerhoff, S. 156.

⁶⁴ Vgl. Hofstetter, S. 73; undeutlich Guggenbühl S. 305, der Benachrichtigungspflicht "in den meisten Fällen nach Treu und Glauben" annimmt.

⁶⁵ BGE 76 II 378, 382 E3.

⁶⁶ BJM 1974 S. 24ff, S. 28: der Wortlaut, "Beibringen eines Käufers" deute klar auf Nachweis- oder Zuführungsmäkelei hin; ähnlich schon Guggenbühl S. 310.

dass Vermittlungstätigkeit i.e.S. Provisionsvoraussetzung sei. Fragwürdig ist das Argument, der Untermäkler könne schon deshalb, weil er mit dem Auftraggeber des Mäklers nicht in vertraglichen Beziehungen stehe ⁶⁷, nicht als Vermittler in dem Sinne auftreten, als darin Zusammenführen der Vertragsparteien und Vermitteln bei Verhandlungen eingeschlossen sei ⁶⁸. Letzteres setzt sowenig wie das Einwirken auf den Willen des Interessenten im Interesse des "Oberauftraggebers" (Mäkler-)Vertragsbeziehungen zu diesem voraus.

1.7. Kenntnis der Mäklertätigkeit als Provisionsvoraussetzung?

Muss sich der Auftraggeber bei Abschluss des Hauptvertrags des Beitrags des Mäklers zum Zustandekommen bewusst sein? Diese Kenntnis ist insbesondere im Hinblick auf die Mitberücksichtigung entsprechender Mäklerlohnforderungen bei der Preisgestaltung für ihn bedeutsam. Das Problem stellt sich primär bei Nachweismäklertätigkeit ⁶⁹, wo der Auftraggeber mit einem bei ihm aufgetauchten Interessenten abschliesst, ohne von diesem selbst oder vom Mäkler darauf hingewiesen worden zu sein, dass er vom Mäkler vermittelt wurde. Wer trägt den Schaden "équivalent au montant de ce salaire"? ⁷⁰

⁶⁷ Vgl. SemJud 1971 p. 504ss, 507s.

⁶⁸ BJM 1974 S. 24ff, S. 28, 29.

⁶⁹ Aber auch bei Vermittlung i.e.S., vgl. ZR 46, 1947, Nr. 1, S. 4, E4: Abrede, dass für Besichtigung Bewilligung des Auftraggebers nötig, wird missachtet; Folge: der Auftraggeber ist über die Vermittlungstätigkeit nicht informiert und kann sie bei Zahlung an den zweiten Mäkler nicht berücksichtigen.

⁷⁰ BGE 84 II 521ff; Hofstetter S. 128d; von Büren S. 210 Fn 36; Guggenbühl, S. 298ff, spricht vom Erfordernis der "subjektiven Kausalität"; Turrettini p. 139ss.

Die - vor allem deutsche ⁷¹ - Lehre spricht dem Mäkler Provision ab, wenn er nicht direkt oder indirekt den Auftraggeber "vorwarnt". Anders das Bundesgericht ⁷²: Zunächst sei es falsch, im Abschluss des Hauptvertrages eine "Annahme" ("acceptation") der Mäklertätigkeit ⁷³ zu sehen; eine solche sei auf keinen Fall Provisionsvoraussetzung. Zweitens sei es Sache des Auftraggebers, sich darüber zu informieren, ob mit einer Mäklerlohnforderung zu rechnen sei, was grundsätzlich, nach Abschluss eines Mäklervertrags, immer der Fall sei. Der Mäkler könne jedoch ausnahmsweise bei mangelhafter Pflichterfüllung in Bezug auf seine Tätigkeit schadenersatzpflichtig werden. Das Bundesgericht unterscheidet Misserfolgs- und Erfolgsfälle, d.h. danach, ob ein Interessent gefunden wurde oder nicht. Ueber Misserfolge sei der Auftraggeber nur ausnahmsweise zu unterrichten, da ihn dies nicht interessiere. Benachrichtigungspflicht wird bejaht, wenn ernsthaft zu befürchten ist, der Dritte wende sich doch, in Umgehung des Mäklers, an den Auftraggeber. Uebersendet der Mäkler freiwillig eine Liste der von ihm kontaktierten Adressen, sei deren Vollständigkeit zu vermuten. Bei Abschluss mit einem nichtaufgelisteten Dritten gehe die Provision verloren ⁷⁴. "D'autre part, si le résultat de son activité est positif, le courtier est toujours tenu d'en aviser le mandant". "C'est ainsi qu'il n'exécuterait pas complètement ses obligations si, ayant trouvé un amateur, il négligeait l'affaire ou adressait l'amateur au mandant sans prévenir de dernier" ⁷⁵.

⁷¹ Schwerdtner S. 121; anders OLG München, Urt. v. 29.11.1967, in NJW 1968, S. 894ff: Rückfrage des Auftraggebers verlangt; dies unterstützt Schwerdtner, Komm. § 652 Rz 133, 135 ohne klarzustellen, ob dies nur für den Alleinauftrag gelte; Bsp. für Vertragsklausel bei Wurm-Wagner S. 366f Muster 31 b.

⁷² Vgl. die Lehrmeinungen in BGE 84 II 524f; Guggenbühl S. 299f.

⁷³ Fehlende Kenntnis würde Annahme verunmöglichen.

⁷⁴ BGE 84 II 525f.

⁷⁵ BGE 84 II 527.

Dem Ergebnis in casu ist beizupflichten, der Konstruktion und Begründung nicht. Zunächst wird verkannt, dass eine Tätigkeitspflicht im eigentlichen Sinne nicht besteht, sondern nur eine Sorgfaltspflicht bei Tätigkeit. Der Makler ist schon nicht verpflichtet, einen Interessenten zu suchen, umso weniger, über Resultate diesbezüglich zu berichten. Vor allem wird zwischen dem direkten Erfolg der Maklertätigkeit, dem Finden eines möglichen Vertragspartners, und dem Erfolg i.S. des Zustandekommens des Hauptvertrags nicht scharf genug unterschieden. Nachweismäkelei besteht einzig in der Kenntnisverschaffung der Abschlussgelegenheit. Es gibt keine weiteren Obliegenheiten oder Pflichten. Entweder wird die Information verschafft oder nicht. "Unvollständige" Erfüllung ist unmöglich. Ob Kenntnis verschafft wird, ist eine rein objektive, tatsächliche Frage. Der Wert der Information ist nicht von Kennen oder Nichtkennen ihrer Herkunft und des wahren Ursprungs abhängig. Entscheidend ist einzig, dass der Auftraggeber objektiv eine Abschlussgelegenheit erhält, die objektiv auf den Makler zurückzuführen ist.

Eine Zweiteilung nach "Erfolg" bzw. "Nichterfolg" ist unnötig. Dieses Kriterium ist wertlos, solange nicht Erfolg oder Nichterfolg i.S. des Hauptvertragsabschlusses feststeht. Ist dieser gegeben, war die anfänglich scheinbar fehlgeschlagene Tätigkeit regelmässig doch kausal. Es ist Sache des Auftraggebers, sich durch Rückfrage vor Abschluss zu vergewissern, ob dieser eine Provisionspflicht auslöse ⁷⁶. Eine Mitteilungspflicht des Maklers ist auch in Ausnahmefällen abzulehnen. Wie soll der Makler etwa die Ernsthaftigkeit einer ihm gegenüber geäusserten Ablehnung überprüfen? Umgehungsgefahr besteht immer oder nie. Verfehlt ist auch, den Makler, der freiwillig über seine Tätigkeit informiert, durch eine Vollständigkeitsvermutung zu bestrafen. Selbst das Bundesgericht anerkennt, dass rechtzeitige Mitteilung nicht immer

⁷⁶ ZR 46, 1947, Nr. 1, S.5f; überflüssig ist jedoch, von einer Informations- bzw. Nachforschungspflicht des Auftraggebers zu sprechen, so RVJ 1977 p. 359; RVJ 1979 p. 362; Guggenbühl S. 301.

möglich sei ⁷⁷. Mit der geltenden Rechtsprechung ⁷⁸ wird im Effekt - wie in der abgelehnten (deutschen) Lehre - dem Mäkler Nichtmitteilung zum Vorwurf gemacht. Kenntnis der Mäklertätigkeit wird zu einer zusätzlichen, vom Mäkler zu beweisenden Provisionsvoraussetzung.

Dafür bietet OR 413 I weder nach dem Wortlaut noch nach Sinn und Zweck einen Anhaltspunkt. Dem Auftraggeber, der aufgrund des Mäklervertrags damit rechnet und rechnen muss, dass der Mäkler - auch ohne Verpflichtung - tätig wird, würde ein weiteres Mittel zur Bestreitung der Provisionsforderung in die Hand gegeben ⁷⁹. Zu bejahen ist allenfalls eine Schadenersatzpflicht aus Vertragsverletzung, wenn den Mäkler aufgrund einer Abrede ⁸⁰ Benachrichtigungspflicht hinsichtlich seiner Tätigkeit trifft. Eine allgemeine Pflicht, den Auftraggeber über seine Tätigkeit auf dem Laufenden zu halten, besteht aber auch nach Treu und Glauben nicht ⁸¹.

⁷⁷ BGE 84 II 526.

⁷⁸ Vgl. auch ZR 33, 1934, S. 101.

⁷⁹ Ähnlich Guggenbühl S. 300f; zulässig wäre jedoch, die Provisionsentstehung durch Abrede von der Kenntnis abhängig zu machen.

⁸⁰ ZR 46, 1947, Nr. 1, S. 1f; dies ist selten, häufiger behält sich der Mäkler vertraglich vor, dem Auftraggeber nach Ablauf des Mäklervertrags eine Liste der "bearbeiteten" Personen zuzustellen, wodurch der Fall des Abschlusses in Unkenntnis über eine allfällige Mitbeteiligung des Mäklers praktisch ausgeschlossen werden kann, vgl. etwa contrat-type Genève 1974.

⁸¹ Dagegen hat der Vermittlungs- oder Verhandlungsmäkler dem Auftraggeber alle Umstände zu melden, die sich der Verwirklichung des angestrebten Ziels entgegenstellen könnten, damit der Auftraggeber in Kenntnis der Sachlage entscheiden kann, vgl. BGE 110 II 278ff.

2. Kausalität

Der zwischen Mäklertätigkeit und Hauptvertragsabschluss vom Gesetz (OR 413 I) verlangte Zusammenhang ("infolge"..) wird als Ursächlichkeit, Kausalität, (rapport de causalité) oder psychologischer (Kausal)zusammenhang (lien psychologique) bezeichnet ⁸². Letzteren, in der Schweizer Rechtsprechung vorherrschenden Ausdruck übernahm ⁸³ das Bundesgericht im Zusammenhang mit der die Kausalitätsdiskussion ursprünglich beherrschenden Problematik des Mitwirkens zweier oder mehrerer Mäkler an einem Geschäft ⁸⁴. Psychologischer Kausalzusammenhang setzt voraus, dass die Tätigkeit des Mäklers im Hinblick auf die Abschlusswillensbildung des bearbeiteten potentiellen Hauptvertragspartners seines Auftraggebers zumindest mitentscheidend war ⁸⁵.

2.1. Nachweistätigkeit

Die notwendige Einflussnahme auf den Hauptvertragsabschluss ist je nach Tätigkeitsart unterschiedlich. Die Lehre von der psychologischen Ursächlichkeit ist jedoch nur beim Vermittlungs-, nicht

⁸² Von Büren, S. 212, spricht von "Orientierungshilfen"; in den Materialien finden sich keine Ausführungen darüber, was unter "ursächlichem Zusammenhang" zu verstehen sei, vgl. bei Mugdan, S. 286; Bejahung oder Verneinung durch kantonale Instanzen bindet das BGer., vgl. unveröffentlichter BGE v. 23. 5. 1978, S. 10f.

⁸³ Von Reichel S. 162.

⁸⁴ BGE 57 II 187ff: "eine Unterbrechung der Verhandlungen durch einen Zweitmäkler schadet nicht, sofern nur der psychologische Zusammenhang gewahrt geblieben ist"; vgl. auch BGE 36 II 10ff; BGE 61 II 80; BGE 62 II 342; vgl. Thilo p. 46.

⁸⁵ BGH, Urteil v. 20.4.1983, in DB 1983, S. 2244: "Die Ursächlichkeit der Maklertätigkeit wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Maklerkunde die massgeblichen Verhältnisse auch auf andere Weise hätte in Erfahrung bringen können"; vgl. auch BGH, Urt. v. 26.9.1979, in AIZ 1981, S. 326.

beim Nachweismäklervertrag sinnvoll, weil hier lediglich die Kenntnis des Auftraggebers erweitert, nicht jedoch ein Motiv beim Interessenten gesetzt wird ⁸⁶, eine eigentliche Willensbeeinflussung des Interessenten überhaupt fehlt. Soweit ein persönlicher Kontakt zwischen Mäkler und potentielltem Interessenten stattfindet, dient er primär der Mitteilung der Abschlussmöglichkeit und der Vorabklärung, ob der Interessent als Hauptvertragspartner in Frage komme, nicht der gezielten Beeinflussung. Dem Zusammenhang zwischen Nachweis und späterem Hauptvertragsabschluss gehen psychologische Aspekte offensichtlich ab. Unnötig sind aber auch weitere Kriterien für erfolgreichen Nachweis wie "Abschlusstauglichkeit" oder "Abschlussgeneigtheit" des Interessenten ⁸⁷. Hat der Auftraggeber mit dem nachgewiesenen Dritten abgeschlossen, war dieser geneigt und tauglich; andernfalls nicht ⁸⁸. Der erfolgte Nachweis wird durch spätere Tätigkeit eines Vermittlungsmäklers nicht berührt ⁸⁹. Weitere Nachweistätigkeit ist begrifflich unmöglich ⁹⁰.

Die dem Auftraggeber erbrachte Mäklerleistung liegt einzig in der erstmaligen Kenntnisverschaffung von einer Vertragsabschlussgele-

⁸⁶ Antognazza, S. 45; Guggenbühl S. 255; Oser/Schönenberger 413 N 23, 24; a.A. BGE 72 II 89; klar der Dresdner Entwurf Art. 675 (bei Jakobs/Schubert S. 1): "... Mäklergebühr nur erst verlangen, wenn derjenige, welcher sie versprochen hat, mit der nachgewiesenen Person oder über die nachgewiesene Sache oder in Folge der Vermittlung des Mäklers den Vertrag schliesst".

⁸⁷ So aber Guggenbühl S. 256; sie haben sich in der Praxis auch nicht durchgesetzt. Vgl. SemJud 1971, p. 504, wo bei völliger Insolvenz des Dritten nicht Untauglichkeit, sondern Unmöglichkeit des Vertrags angenommen wurde.

⁸⁸ Kausalzusammenhang ist immer ex post zu beurteilen, vgl. ausdrücklich ZR, 1979, Nr. 66 S. 143.

⁸⁹ Vgl. BGH, Urteil v. 26.9.1979, in MDR 1980, S. 128; a.A. JdT 1957 (droit fédéral) p. 30ff.

⁹⁰ A.A. OLG Köln, AIZ 1975, S. 29: bei mehreren Angeboten zum gleichen Objekt zu verschiedenen Preisen sei das günstigste allein ursächlich.

genheit durch Mitteilung der Adresse des Interessenten. Der Makler hat lediglich den Beweis der Tätigkeit an sich zu erbringen. Der Beweis der Erstmaligkeit kann ihm jedoch nicht zugemutet werden. Nur der Auftraggeber selbst kann wissen, ob der Nachweis des Maklers eine für ihn neue Information enthielt. Die Praxis geht zugunsten des Maklers davon aus, dies sei der Fall und gewährt ihm eine entsprechende Vermutung ("bénéfice d'une présomption de fait") 91. Dem Auftraggeber steht der Gegenbeweis offen, eine Kenntniserweiterung habe gar nicht stattfinden können (infolge sog. "Vorkenntnis") 92. Da damit die Tatsache eines Nachweises an sich (Vermutungsbasis) zerstört wird, stellt sich die Frage des Kausalzusammenhangs streng genommen nicht mehr 93. Weitere Möglichkeiten, diesen zu widerlegen, bestehen praktisch keine. Das einzige Problem für den Makler bei reiner Nachweismäkelei ist somit der Beweis, dass der Hauptvertrag ohne seinen Nachweis nicht zustande gekommen wäre.

91 SemJud 1966 p. 54ss, 57; SemJud 1979, p. 623f, 625: "en l'absence de tout indice contraire"; SemJud 1977 p. 43; vgl. schon BGE 20, S. 1142; BGE 40 II 531 ; ähnlich BGH, NJW 1977, S. 42, NJW 1971, S. 113; Glaser/Warncke Nr. 157-159, S. 195ff; Schwerdtner, Kommentar §652 Rz 128: "Beweislastverteilung nach Sphärengesichtspunkten".

92 Unveröffentlichter BGE v. 5.2.1975; BGE 72 II 89; Antognazza S. 60; Guggenbühl S. 257: den Makler diesbezüglich zu benachrichtigen, sei Treuepflicht; bei Verletzung Aufwendungsersatz für überflüssige Kosten; BGH, Urteil v. 20.4.1983, in DB 1983, S. 2244.

93 Anders offenbar der BGH, vgl. Urt. v. 12.12.1984, in MDR 1985 S. 826: Auch bei Vorkenntnis bleibe es dem Makler überlassen, die etwa dennoch bestehende Mitursächlichkeit seiner Tätigkeit nachzuweisen; gemäss OLG München, Urt. v. 7. 3. 1978, in FfZ 1981 Nr. 1714, könne in der Nichtmitteilung der Vorkenntnis der konkludente Verzicht auf deren Geltendmachung liegen; vgl. auch vorn S. 68 Fn 18.

2.2. Vermittlungstätigkeit

Vom reinen Vermittlungsmäkler (Verhandlungsmäkler) wird effektive Einflussnahme und Motivation verlangt. Problematisch ist die Frage des "Mindestumfangs". Sie fällt zusammen mit derjenigen, wann der Kausalzusammenhang "unterbrochen" sei ⁹⁴. Eine Antwort ist letztlich nur im Einzelfall möglich. Der Nachweis des Erfolgs seiner Motivationsanstrengungen stellt den Mäkler oft vor unlösbare Probleme. Ob der Auftraggeber infolge seiner Bemühungen abschloss, liegt völlig in dessen Sphäre. Praktisch tritt wieder Beweislastumkehr ein ⁹⁵. Vermag der Mäkler objektiv betrachtet zwecktaugliche Tätigkeit darzutun, wird psychologische Beeinflussung vermutet, es sei denn, Wahrscheinlichkeitsüberlegungen sprechen dagegen ⁹⁶.

Der Zusatz "psychologisch" weist auf die Unterscheidung zum schadenersatzrechtlichen Begriff des Kausalzusammenhangs hin ⁹⁷. Dort steht die Einwirkung eines äusseren, von einer Person verursachten Ereignisses auf die Umwelt (und indirekt auf eine andere Person) in Frage, im Mäklervertragsrecht die Beeinflussung des Willensentschlusses einer Person durch die Handlungen einer anderen. Die Auswahl der rechtlich relevanten Ursachen kann nicht ohne weiteres mittels der vertrauten Adäquanztheorie vorgenommen

⁹⁴ Vgl. hinten S. 86ff.

⁹⁵ Theoretisch hat eine blossе Tatsachenvermutung keine Beweislastumkehr zur Folge; vgl. Kummer, N 364ff; so auch RVJ 1979, p. 363, 366; vgl. Gautschi, Vorb. zu 412ff, N 3d; im deutschen Recht findet Beweislastumkehr statt, vgl. Schwerdtner, Kommentar §652 Rz 129.

⁹⁶ Vgl. Antognazza S. 60, 61; BGE 40 II 531, BGE 57 II 193.

⁹⁷ Vgl. Hofstetter S. 128; Gautschi 412 N 3c, d; von Büren S. 212; Guggenbühl S. 267, Becker 413 N8; Guhl S. 446; Antognazza S. 27f, 52; BGE 84 II 524; 72 II 89; BGE v. 12.11.1946 in ZR 46, 1947, S. 7; BJM 1974, 24ff.

werden ⁹⁸. Wodurch sich jemand beeinflussen und motivieren lässt, kann - weil auf einer völlig subjektiven Ebene liegend - nicht mit dem Kriterium des "natürlichen Laufs der Dinge" und der "allgemeinen Lebenserfahrung" ermittelt werden ⁹⁹. Zuzufolge der Abschlussfreiheit des Auftraggebers bleibt der Erfolg der Makler Bemühungen immer offen.

Die heutige Praxis stellt in der Sache einen Kompromiss zwischen Reichels "Verdienstlichkeits- oder Zurechenbarkeitstheorie" ¹⁰⁰, und der "Vertragsadäquanztheorie" dar ¹⁰¹.

Die den Willensentschluss bestimmenden Momente sind mit beiden Theorien weder qualitativ noch quantitativ erfassbar. Die Praxis tastet sich mit Hilfe von Leitsätzen näher. Es genüge, wenn der Makler irgendein Motiv gesetzt habe ¹⁰². Er müsse nicht ausschliesslich, ja nicht einmal vorwiegend "Verursacher" gewesen

⁹⁸ Vgl. RVJ 1977, p. 367; anders noch BGE 36 II 10ff: einem zweiten Makler gelang es, den mit dem ersten Makler offengebliebenen Preis zu regeln; der erste habe jedoch die Sache so weit voran getrieben, "que son aboutissement était à prévoir d'après le cours ordinaire des choses"; Antognazza S. 26; vgl. v.a. die deutsche Rechtsprechung, etwa MDR 1980, S. 128.

⁹⁹ Oftinger, Haftpflichtrecht, S. 72ff; Keller/Landmann, Tafel 39ff.

¹⁰⁰ S. 129ff; von der älteren BGer-Praxis übernommen, vgl. noch BGE 36 II 15: "grâce surtout à son activité.."; BGE 76 II 378ff: "Er muss sich durch zweckgerechte Förderung des Vertragsschlusses um dessen Zustandekommen verdient gemacht haben"; von Büren S. 206: "zum Verdienst zugerechnet.."; in Deutschland die Ausnahme, vgl. OLG Köln, Urteil v. 14.8.1974, in AIZ 1975, S. 29 (Dyckerhoff S. 107).

¹⁰¹ V.a. deutsche herrschende Lehre und Rechtsprechung; vgl. Schwerdtner S. 101 Rz 105; Schmidt-Salzer, DB 1969, S. 1091, Glaser/Warncke S. 45; Dyckerhoff S. 12; zum Theorienstreit schon Guggenbühl S. 265.

¹⁰² BGE 76 II 382; BJM 1974, S. 30.

sein ¹⁰³. Es genüge, wenn die Mäklertätigkeit "entfernte Ursache des Entschlusses des Dritten geworden ist" ¹⁰⁴, wenn "das Interesse massgebender Personen der I.AG am Kaufobjekt geweckt" ¹⁰⁵ wurde. War die Tätigkeit entscheidend, bleibe ohne Bedeutung, ob der Zusammenhang "ein direkter oder bloss ein indirekter gewesen sei" ¹⁰⁶. Ungenügend sei immerhin eine Unterhaltung "resté sans suite apparante" ¹⁰⁷. Wo man an die Grenzen der Kausalität stösst, wird oft von Unterbrechung des Kausalzusammenhangs gesprochen ¹⁰⁸. Der Uebergang zwischen Sein, d.h. voller Kausalität und Entstehen des Provisionsanspruchs, und Nichtsein, d.h. Verneinung der Kausalität und des Mäklerlohnanspruchs, ist zwangsläufig brüsk. Versuche, ihn fliessender zu gestalten, müssen scheitern. Nicht ausschliessliche Motivierung kann jedenfalls nicht zu Herabsetzung der Provision nach OR 417 führen; eine "analoge" Anwendung der verfehlten Rechtsprechung bei der Mitwirkung mehrerer Mäkler ¹⁰⁹ ist abzulehnen.

2.3. Unterbrechung des Kausalzusammenhangs?

Der Terminus "Unterbrechung" stammt aus dem Haftpflichtrecht, wo drei Gruppen von Unterbrechungsgründen unterschieden werden: Höhere Gewalt, schweres Selbstverschulden und schweres Drittverschulden ¹¹⁰. Sie sind in unserem Zusammenhang offensichtlich unbrauchbar. Aeussere Ereignisse haben unter Umständen nicht den

¹⁰³ Für viele Antognazza S. 53; a.A. JdT 1957, p. 30ff.

¹⁰⁴ RVJ 1979 p. 358ss, 362.

¹⁰⁵ ZR 46, 1947, S. 3.

¹⁰⁶ ZR 46, 1947, S. 3: immer gegenüber demselben Interessenten; "indirekt" wird im allgemeinen dann verwendet, wenn neben Auftraggeber und Hauptinteressent ein "Vierter" im Spiel ist; vgl. auch BGE 76 II 381f; dazu hinten S. 90ff.

¹⁰⁷ SemJud 1968 p. 135ss, Ingress IV.

¹⁰⁸ Dazu sogleich.

¹⁰⁹ Vgl. hinten S. 242.

¹¹⁰ Vgl. Oftinger, Haftpflichtrecht, S. 118ff.

geringsten Einfluss auf die innere Motivationslage ¹¹¹. Auf die Sinnwidrigkeit der Benennung hat schon Guggenbühl ¹¹² hingewiesen. Zu fragen ist einzig, ob die Bemühungen des Mäklers im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ¹¹³ nach objektiven Gesichtspunkten ¹¹⁴ (noch) als Impuls wirken.

Eine Analyse der Rechtsprechung zeigt, dass die Uebernahme des haftpflichtrechtlichen Unterbrechungskonzeptes nicht gelungen ist und nicht gelingen kann.

Mäklerrechtliche "Unterbrechungsfälle" sprechen jeweils dann von Unterbrechung des Kausalzusammenhangs, wenn vom (Erst)mäkler geführte Verhandlungen abgebrochen wurden ¹¹⁵. In der Folge wird entweder sofort ein weiterer Mäkler oder Dritter eingeschaltet, der die Verhandlungen weiter- und erfolgreich zu Ende führt (1. Fallgruppe), oder das Geschäft nach Ablauf einer gewissen Zeitspanne wieder aufgegriffen (2. Fallgruppe), wobei der (ehemalige) Interessent und der Auftraggeber direkt in Kontakt treten und abschliessen.

In Entscheiden der ersten Fallgruppe wird regelmässig betont, noch keine Unterbrechung liege darin, dass der Entschluss nicht ausschliesslich auf den Vorkehren des Mäklers beruhe ¹¹⁶. Dem ist im Ergebnis zuzustimmen. Die Frage ist jedoch haftpflichtrechtlich, nicht mäklerrechtlich gestellt. Hier ist irrelevant, ob ein

¹¹¹ Vgl. RVJ 1977, p. 362ss, 367: zufällige Intervention einer Drittperson.

¹¹² S. 272.

¹¹³ Als einzig klarem Kristallisationspunkt der Entschlussfassung.

¹¹⁴ Auf subjektive kann zum vornherein nicht abgestellt werden; anders OLG Frankfurt, Urteil v. 27.7.1969, in AIZ 1969, S. 324 (Dyckerhoff S. 106): Ursächlichkeit werde beendet durch den Entschluss des Interessenten, vom Abschluss abzusehen und selbst weiter zu suchen.

¹¹⁵ Klare Trennung zwischen "Abbruch" und "Unterbrechung" noch in BGE 36 II 14ff; Becker 413 N 8; Thilo p. 46.

¹¹⁶ ZR 46, 1947, S. 3; BGE 57 II 194.

Drittereignis (spätere Tätigkeit eines anderen Mäklers oder andere Umstände) den Erfolg auch ohne die Tätigkeit des Erstmäklers herbeigeführt hätte. Ebensowenig stellt sich die Frage, ob die Tätigkeit des Mäklers allein Erfolg gehabt hätte ¹¹⁷. Der Erfolg liegt in der Motivation des Interessenten. Als solche muss wohl jedes Eingreifen, das nicht gerade kontraproduktiv wirkt ¹¹⁸, vermutungsweise akzeptiert werden.

Für die zweite Fallgruppe gilt als Leitlinie, dass die zwischen "Motivation" und Abschluss verflussene Zeitspanne ausserordentlich lang sein müsse, damit ohne weiteres angenommen werden könne, das früher schon angebaute Geschäft sei völlig in Vergessenheit geraten ¹¹⁹. Welche Wirkung ein einmal gegebener Anstoss nach Jahren noch zu entfalten vermag, ist kaum feststellbar; völliges Vergessen der Information überhaupt kann aber nicht vermutet werden. Dagegen ist fraglich, ob nicht Motivation an sich eine gewisse zeitliche Nähe verlange ¹²⁰. Eine blosser Erinnerung ist kein Impuls. Ohnehin wird generell "Unterbrechung" angenommen, wenn die Tätigkeit des Erstmäklers offensichtlich fruchtlos blieb, und der Abschluss auf völlig neuer Basis erfolgte ¹²¹. Dann sollte aber einfacher und klarer davon ge-

¹¹⁷ Vom Gegenteil ist ja in dieser Fallgruppe gerade auszugehen; vgl. aber Dyckerhoff S. 12, der eben diese beiden Fragen zugrundelegt; ähnlich AIZ 1972, S. 255.

¹¹⁸ Vgl. etwa das Bsp. in RVJ 1977, p. 362ss, 366: einzige "Tat" des Mäklers war ein Brief, der zum Abbruch der Verhandlungen führte; vgl. auch den unveröff. BGE v. 23.5.1978, S. 4.

¹¹⁹ BJM 1974, S. 30; SemJud 1979, p. 178; SJZ 52, S. 209f, Nr. 120; unklar BGE 72 II 90; Antognazza S. 53; von Büren S. 212; Gautschi 412 N 13d.

¹²⁰ Von "latenter Motivation" könnte allenfalls bei Zwischenschaltung eines Vorkaufsrechts gesprochen werden, vgl. OLG München, Urt. v. 11. 7. 1960, bei Dyckerhoff S. 108.

¹²¹ BGE 69 II 109; 72 II 84; SJZ 52, 1956, S. 209f: Keine Provision, wenn statt Kauf Mietvertrag geschlossen wurde, das Haus 7 Jahre später unter gänzlich anderen Verhältnissen doch noch gekauft wurde; Maximen 1951-60, S. 247; BGH, WM 1977, S. 207.

sprochen werden, dass "es am erforderlichen psychologischen Zusammenhang" fehlt ¹²².

Da anerkannt ist, dass Mitursächlichkeit genügen muss, erübrigt sich die Frage nach einer allfälligen Unterbrechung, soweit sie über das Genügen des Beitrags des Mäklers hinaus die Relevanz von Drittsachen prüfen will. Ueberzeugend scheint mir der Ansatz des OLG Köln: Der Motivationszusammenhang fehlt, "wenn die Bemühungen des Maklers den Auftraggeber nicht oder doch so unmassgeblich beeinflusst haben, dass seine Gegeninteressen die Oberhand behielten und er erst durch später eintretende neue Umstände zum Vertragsschluss bestimmt worden ist" ¹²³.

Dass der Begriff "Unterbrechung des Kausalzusammenhangs" im Mäklervertragsrecht fehl am Platz ist, belegt besonders deutlich der jüngste diesbezügliche Entscheid ¹²⁴. Der auf Provisionszahlung belangte Verkäufer/Auftraggeber machte erstens Abbruch der Vertragsverhandlungen mit dem nachgewiesenen Interessenten, zweitens Abschluss mit einem nicht vom Mäkler beigebrachten "Vierten", einem Treuhänder, geltend. Drei Monate später war der vorerst abgelehnte Erstinteressent in den Kaufvertrag des Treuhänders eingetreten. Das Gericht machte sich die Abweisung des Einwandes der "Unterbrechung" unnötig schwer, obwohl es die Argumentation des Auftraggebers selbst ¹²⁵ als gegen Treu und Glauben verstossend bezeichnete. Vor allem halten die gerichtlichen Kriterien zur Prüfung der Unterbrechung näherer Prüfung nicht stand: Erstens gälte als "allgemeine Regel", dass Unterbrechung nicht zu rasch bejaht werden dürfe ¹²⁶; diese Behauptung bestätigt bloss, dass der Begriff der Kausalität im Mäklerrecht sehr weit gefasst

¹²² Beispielhaft: BJM 1985, S. 194ff, 196 (Urt. AppG Basel-Stadt vom 30.9.1983).

¹²³ OLG Köln, Urt.v. 14.8.1974, in AIZ 1975, S. 29, Dyckerhoff S. 107.

¹²⁴ ZR 78, 1979, Nr. 66, S. 143ff, 145.

¹²⁵ S. 146; soweit ersichtlich klarer "Umgehungsversuch".

¹²⁶ Unter Berufung auf von Büren S. 212.

ist. Zweitens habe die Beurteilung, ob Unterbrechung gegeben sei, ex post ("retrospektiv") ¹²⁷ zu erfolgen; dies ist unbestritten und anders nicht denkbar, hilft jedoch nicht weiter. Drittens sei eine vorwiegend wirtschaftliche Betrachtungsweise ¹²⁸ anzuwenden; dieses Argument bzw. Kriterium gehört aber zur (anderen) Frage, ob trotz Nichtidentität des Bearbeiteten mit dem Abschliessenden, also allenfalls "indirekter" Vermittlung, Kausalität noch bejaht werden kann ¹²⁹.

2.4. Indirekte Vermittlung

Ursächlichkeit fehlt, wenn der Hauptvertrag nicht mit dem vom Makler bearbeiteten Dritten, sondern einem "Vierten" zustandekommt, es sei denn, der Makler habe durch den Dritten (indirekt) massgeblich auf den Abschlusswillen des Vierten eingewirkt. In wessen Interesse der Dritte handelte, ist unerheblich. Es lassen sich folgende Fallgruppen bilden ¹³⁰:

a) Der Dritte ist, oder wird es im Verlauf der Geschäftsbeziehungen, in Wirklichkeit Untermakler oder Hilfsperson ¹³¹; Provisionsanspruch steht ausser Zweifel. Die Motivierungsarbeit ist dem Makler zuzurechnen.

b) Der Dritte steht in engen wirtschaftlichen oder menschlich-sozialen Beziehungen zum Vierten, bildet mit diesem gewissermassen eine Einheit ¹³². Eine Interessengemeinschaft im weitesten

¹²⁷ Unter Berufung auf Oftinger, Haftpflichtrecht (sic), 1. Band, S. 76.

¹²⁸ Zitiert wird Gautschi 412 N 3f, der sich vor allem auf BGE 76 II 382 stützt. Diese Frage war dort jedoch völlig nebensächlich.

¹²⁹ Dazu sogleich.

¹³⁰ Vgl. BGE 76 II 382ff.

¹³¹ Vgl. vorn S. 74ff.

¹³² Vgl. BGE 40 II 529; RVJ 1977, p. 359f.

Sinn ist v.a. bei familienrechtlichen ¹³³ oder gesellschaftsrechtlichen ¹³⁴ Beziehungen anzunehmen. Enger offensichtlich der BGH: "Eine blosse Geschäftsverbindung zwischen Erst- und Zweitinteressent reicht dagegen nicht aus, auch dann nicht, wenn sie längere Zeit unterhalten wurde" ¹³⁵. Entscheidend ist m.E. einzig die Intensität einer Beziehung, nicht deren rechtliche Natur. Der Einwand des Hauptvertragspartners, er habe nicht durch den Dritten von der Mäklertätigkeit profitiert, verstösst jedenfalls dann gegen Treu und Glauben, wenn Indizien für eine bewusste Zusammenarbeit zwecks Umgehung der Provisionszahlungspflicht bestehen ¹³⁶.

c) Der Dritte ist weder mit dem Mäkler noch mit dem Vierten "verknüpft". Er versucht aus eigenem Antrieb und im eigenen Interesse den Vierten zum Geschäftsabschluss zu bewegen. Das Bundesgericht hat sich in unmittelbarer Folge zu zwei ähnlich gelagerten Fällen ausgesprochen. Im ersten ¹³⁷ verneinte es eine "fortdauernde seelische Beeinflussung" durch den Mäkler; mangels ausdrücklicher Zusage sei Lohn für indirekte Tätigkeit nicht geschuldet ¹³⁸. Im zweiten Fall ¹³⁹ wurde das oben, unter b), beschriebene Kriterium des engen Zusammenhangs zwischen Drittem und Viertem aufgestellt, und in casu verneint ¹⁴⁰.

¹³³ RVJ 1977, p. 356ss, 359: "liens de parenté et d'affection".

¹³⁴ BGH 40 II 529: Beteiligung des Dritten an abschliessender Gesellschaft; RVJ 1960, p. 149ss: Verhandlungen mit Direktor X, Abschluss mit Direktor Y des gleichen Unternehmens.

¹³⁵ BGH, Urteil v. 12.10.1983, in NJW 1984, S. 358f.

¹³⁶ Vgl. etwa den Fall, dass der Interessent bei der Besichtigung einen Begleiter mitbringt, der in der Folge das Objekt direkt vom Eigentümer erwirbt, vgl. FfZ 1981, Nr. 1721.

¹³⁷ Urteil v. 1.Juni 1948, in ZR 48, 1949, Nr. 138 S. 254ff, 258.

¹³⁸ ZR 48, 1949, Nr. 138, S. 257.

¹³⁹ BGE 76 II 382.

¹⁴⁰ Vgl. auch BGE 84 II 526; BGH, NJW 1976, 1844ff; Schwerdtners Kriterium, ob der Vierte notwendigerweise eingeschaltet ./.

Kein Fall von indirekter Vermittlung liegt vor, wenn der Mäkler im Auftrag des Verkäufers zum Teil fiktive Angebotsschreiben verfasste, die den in Aussicht genommenen Käufer X dazu veranlassen sollten, ein besseres Angebot zu unterbreiten, im übrigen aber den Käufer X nie, auch nicht indirekt über Y, bearbeitet, sondern ausschliesslich mit Y verhandelt hatte ¹⁴¹. Provision war jedoch in casu auch bei Verkauf an X versprochen, obwohl der Verkäufer den Mäkler bewusst in dieses Geschäft nicht einschaltete. Darin liegt ein (teilweiser) Verzicht auf das Erfordernis der Kausalität ¹⁴².

Auch dem Abschluss über ein vom Mäkler nicht nachgewiesenes Objekt, auf das der Interessent im Zuge der Besichtigung eines nachgewiesenen stösst, liegt keine indirekte Vermittlung zugrunde ¹⁴³. Die Frage der Kausalität stellt sich nicht, da schon ein erstmaliger Nachweis fehlt.

Für über den angestrebten Hauptvertrag hinaus abgeschlossene Folgegeschäfte ist, ohne besondere Abrede ¹⁴⁴, nur dann Kausalität und Provisionsanspruch zu bejahen, wenn Haupt- und Folgevertrag als wirtschaftliche Einheit zu betrachten sind ¹⁴⁵.

werden müsse, wenn ja, sei Provision geschuldet, scheint nicht für alle Fälle tauglich (S. 105 Rz 108). Schutz vor Weitergabe von Informationen ist anders zu erreichen.

¹⁴¹ Unveröffentlichter BGE v. 3. 7. 1973, E5 S. 12ff.

¹⁴² Vgl. hinten S. 132f.

¹⁴³ LG Heidelberg in MDR 1965, S. 132; vgl. Schwerdtner S. 110.

¹⁴⁴ Vgl. LG Köln, Urt.v. 8.1.1979, AIZ 1971, S. 10 (Glaser/Warncke Nr. 344): darin liegt die Abbedingung des Kausalitätserfordernisses.

¹⁴⁵ BGE 75 II 54ff, 57; Hofstetter S. 128 e; von Büren S. 218f; Guggenbühl S. 277f; Gautschi 412 N 3f.

3. Abschluss des Hauptvertrags ("Erfolg")

Ziel jeder Mäklertätigkeit ist die Ermöglichung des Abschlusses eines Vertrags zwischen dem Auftraggeber und dem Interessenten (Hauptvertrag) ¹. Sie ist bei Nachweis mit diesem selbst, bei Vermittlung i.e.S. dann beendet, wenn alle Hindernisse soweit ausgeräumt sind, dass der Hauptvertrag abschlussreif ist. Ueber das Zustandekommen und damit den Erfolg der Mäklertätigkeit entscheiden aber einzig die Hauptvertragsparteien. Die Entstehung der Provisionsforderung liegt letztlich ausserhalb der Einflussmöglichkeiten des Mäklers. Vor allem deshalb spricht man vom "aleatorischen Charakter" des Mäklervertrags ².

3.1. Abschlussfreiheit

Ungeachtet der Ausgestaltung des Mäklervertrags im einzelnen steht es dem Auftraggeber jederzeit frei, mit einem vom Mäkler nachgewiesenen oder vermittelnd bearbeiteten Interessenten nicht abzuschliessen ³. Er bleibt "Herr des Geschäfts" ⁴. Die Hauptvertragsparteien können den Entscheid über einen Vertragschluss jederzeit rückgängig machen ⁵. Schranken bestehen, soweit ausdrücklich oder konkludent auf absolute Abschlussfreiheit verzichtet wurde ⁶. Der Abschluss des Hauptvertrages ist (gesetzliche)

¹ Vgl. vorn S. 28ff (zur Frage der essentialia).

² Vgl. Guggenbühl S. 28f; das "aleatorische Moment" kann durch entsprechende Abreden herabgesetzt werden, ohne dass sich an der Qualifikation als Mäklervertrag etwas änderte, vorn S. 30.

³ Unbestritten, vgl. schon BGE 34 II 715; Oser/Schönenberger 413 N 3; Becker 413 N 1; Hofstetter S. 125; von Tuhr/Siegwart/Escher S. 272f; nach Gautschi 412 N 3f "eine Emanation des unverzichtbaren Widerrufsrechts"; BGH, Urt.v. 21.12.1982, in MDR 1983, S. 418; Krüger-Doyé S. 65.

⁴ Schwerdtner S. 14 Rz 10.

⁵ BGE 84 II 525; Gautschi 412 N 3f.

⁶ Zur Frage der Zulässigkeit solcher Abreden hinten S. 137ff; Thilo, p. 39, spricht vage von Schranken aus Treu und Glauben.

aufschiebende Potestativbedingung für die Entstehung des Provisionsanspruchs. Obschon "in das freie Belieben des bedingt Verpflichteten gestellt" ⁷, und obwohl in der Regel keine Erwartung auf Vertragsschluss begründet wird, die enttäuscht werden könnte ⁸, bleibt OR 156 ⁹ anwendbar ¹⁰. Ein Treu und Glauben verletzendes Verhalten liegt in der Vortäuschung des Nichtabschlusses ¹¹ oder anderweitiger arglistiger Ausschaltung des Mäklers ¹². Kein unter OR 156 subsumierbarer Fall liegt jedoch vor, wenn der Hauptvertrag aus Gründen in der Person des Auftraggebers nichtig erklärt werden muss ¹³; weder im Abschluss eines ungültigen Vertrages noch in der Berufung auf die Nichtigkeit im Provisionsprozess liegt eine Treuwidrigkeit gegenüber dem Makler ¹⁴.

⁷ Guggenbühl S. 189; immerhin müsste dem Makler dann, wenn der Auftraggeber nie die Absicht hatte, irgendeinen Hauptvertrag zu schliessen, Schadenersatz in Höhe seiner vergeblichen Aufwendungen zugestanden werden; vgl. hinten Fn 20 sowie den auftragsrechtlichen Genfer Entscheid in SemJud 1985 p 357.

⁸ Reichel S. 7f; vgl. auch BJM 1985, S. 194ff, 196 E5.

⁹ Schwerdtner, Kommentar §652 Rz 145 lehnt analoge Anwendung von BGB 162 ab.

¹⁰ Hofstetter S. 125; Gautschi 413 N 3a-c; a.A. Guggenbühl S. 189; a.A. auch Bucher AT S. 463; eine andere Frage ist die Anwendbarkeit von OR 156 auf Suspensivbedingungen im Hauptvertrag (vgl. SemJud 1961, p. 291; unveröffentlichter BGE v. 25.1.1957), oder auf andere vertragliche Bedingungen wie Abschluss innert Frist oder zu fixiertem Preis, vgl. Gautschi 413 N 3c.

¹¹ BGE 44 II 494ff, 499.

¹² BGE 34 II 730ff, 733f; BGE 69 II 108; vgl. aber auch BGE 100 II 367: nicht anwendbar bei Verletzung der Exklusivklausel.

¹³ So aber unveröffentlichter BGE v. 9. 9. 1980 E 4c, S. 7ff: Verstoss gegen den Bewilligungsbeschluss (Lex Furgler).

¹⁴ Das Bundesgericht, vgl. FN 13, argumentiert denn auch primär aus ZGB 2, und spricht von nur "analoger" Anwendung von OR 156, die zudem teilweise versage, vgl. S. 8.

Die deutsche Rechtsprechung erklärt Vertragsklauseln in AGB, durch welche ein unangemessener Druck auf den Auftraggeber zum Abschluss ausgeübt wird, wegen Einschränkung der Entscheidungsfreiheit für unwirksam ¹⁵.

Abschlussverweigerung kann als wirtschaftliches Druckmittel verwendet werden, indem vom Makler ultimativ Reduktion der Maklerlohnforderung gefordert wird ¹⁶. Im Ergebnis gleich wirkt die Erpressung eines sog. Zuzahlungsversprechens ¹⁷; der Makler wird verpflichtet, die Differenz zwischen letztem Angebot des Käufers und der Forderung des Auftraggebers aus dem eigenen Sack zu bezahlen. Solche Drohungen sind nach der Auffassung des BGH höchstens dann widerrechtlich, wenn grundlegende ideelle Werte, etwa die wirtschaftliche Existenz des Vermittlers, betroffen würden ¹⁸.

Der Auftraggeber wird allenfalls dann schadenersatzpflichtig aus Treuepflichtverletzung, wenn er nur erfundene "bessere Angebote" von Drittinteressenten vortäuscht, um den Preis in die Höhe zu treiben, und den Makler zu Zugeständnissen bei der Provision veranlasst.

Da der Auftraggeber auch ohne jede Begründung den Abschluss unterlassen kann, stellt sich die Frage einer Haftung aus culpa in contrahendo für ein Verschulden im Rahmen des Maklervertragsabschlusses nicht ¹⁹. Fehlender Abschlusswille ab initio wird kaum nachweisbar sein ²⁰.

¹⁵ Vgl. BGH, Urteil v. 1.1.1970, in NJW 1970, S. 1915f: Vertragsstrafe bei Widerruf; vgl. auch NJW 1980, S. 1622f; Krüger-Doyé S. 139ff, 147f; kritisch Schwerdtner S. 46; hinten S. 140f.

¹⁶ Vgl. ZR 35, 1936, Nr. 63, S. 140.

¹⁷ Vgl. BGH, Urteil v. 15.6.1983, in MDR 1984, S. 29.

¹⁸ BGH, MDR 1984, S. 29; solche Fälle gibt es kaum.

¹⁹ Vgl. Schürmann, SJZ 51, 1955, S. 240ff, 242; über Haftung aus culpa in contrahendo werden aber zum Teil Verletzungen von Aufklärungspflichten über den Inhalt von Vertragsabreden, vor allem Exklusivklauseln, erfasst, vgl. SemJud 1965, p. 531; BGH, NJW 1969, S. 1626; NJW 1972, S. 1816ff, und S. 743ff.

²⁰ Vgl. BJM 1984, S. 67ff, Urteil des AppG v. 16.3.1983.

3.2. Anforderungen an den geschlossenen Vertrag

3.2.1. Allgemeines

Der abgeschlossene Hauptvertrag ²¹ muss, innerhalb einer gewissen Bandbreite, nach seiner rechtlichen Ausgestaltung und v.a. nach dem damit verfolgten Zweck dem bei Abschluss des Mäklervertrags ins Auge gefassten Vertragsziel entsprechen (Erfordernis der Uebereinstimmung). Nicht jeder beliebige Vertragsschluss begründet Provisionsansprüche. Ob Uebereinstimmung vorliegt, ist Rechtsfrage. Der Auftraggeber kann einwenden, das Ziel sei nicht erreicht ²². Abweichungen ²³ sind möglich in Bezug auf die Art des Vertrags (rechtliche Qualifikation) (3.2.2.); das Vertragsobjekt (3.2.3.), das ein anderes oder ein quantitativ verschiedenes sein kann; den Vertragswert, d.h. den Preis des vermittelten Objekts (3.2.4.); die Hauptvertragspartner (3.2.5.), sei es, dass nicht der Auftraggeber, oder nicht der vorgesehene Dritte abschliesst. Entscheidend ist, wie klar die Parteien den anzustrebenden Erfolg umschrieben haben. Diesbezüglich stellen sich aber häufig Auslegungsprobleme.

Rechtsprechung und Lehre gehen davon aus, Identität im Wortsinn könne nicht verlangt werden, Aequivalenz genüge ²⁴. Ob sie gegeben ist, sei primär aus der Sicht des Auftraggebers zu beurteilen (subjektive Werteinschätzung ²⁵); massgebend sei der wirtschaftliche Erfolg, nicht die rechtliche Erscheinungsform ²⁶. Das Risi-

²¹ Zustandekommen gemäss OR 1 vorausgesetzt; vgl. BGE 71 II 267: kein Konsens über wesentliche Nebenpunkte.

²² Oder überschritten. vgl. unveröffentlichten BGE v. 12. 6. 1957, E7.

²³ Vgl. für Deutschland Soergel-Mormann § 652 Rz 20 (Einzelfälle).

²⁴ Vgl. Becker 413 N 6; Oser/Schönenberger 413 N 13; von Büren S. 206; Guggenbühl S. 224; missverständlich die Formulierung in BGE 76 II 1471f, E2, S. 150ff.

²⁵ Guggenbühl S. 228.

²⁶ BGE 76 II 150; Gautschi 412 N 3f.

ko der Unzweckmässigkeit trage aber der Auftraggeber 27. Das Kriterium wirtschaftlicher "Wesensgleichkeit" ist unbestritten und in reicher Kasuistik konkretisiert 28. Sie liege allgemein dann nicht vor, wenn das Geschäft "dem Auftraggeber entweder drückendere Pflichten auferlegt oder wenn es ihm weniger wirtschaftliche Vorteile einräumt, als es beim Zustandekommen des nachzuweisenden Geschäfts der Fall gewesen wäre" 29.

War der abzuschliessende Vertrag im Hinblick auf eine bestimmten Punkt (Preis, Grösse, Vertragspartner) fixiert, stellt sich die Frage, ob dadurch die Entstehung des Provisionsanspruchs an die Erfüllung einer Bedingung geknüpft werden sollte. Es obliegt dem Auftraggeber, dies zu beweisen 30. Die Feststellung einer Bedingung sei zumindest teilweise Tatfrage und binde insofern das Bundesgericht 31. Gelingt der Beweis, stellt sich die Frage der Äquivalenz nicht 32. Dann ist bezüglich dieses Punktes Identität erforderlich. Misslingt er, bleibt die Frage offen, welcher Massstab an die Beurteilung der Gleichwertigkeit anzulegen sei. Das Dilemma, ob Richtlinie, Wegleitung oder (strenge) Bedingung gemeint war, wird besonders deutlich, wenn ein "Mindestpreis" vereinbart wurde 33.

Die Frage kann in vielen kritischen Fällen allerdings offengelassen werden, weil es, da die Tätigkeit des Maklers auf ein anderes Ziel gerichtet war, ohnehin am Kausalzusammenhang fehlt. Im übrigen stehen verschiedene Gesichtspunkte im Vordergrund, je

27 Vgl. ZR 46, 1947, S. 247; Guggenbühl S. 229.

28 So der deutsche Terminus, vgl. Glaser/Warncke S. 184ff, Nr. 147-149.

29 Arbeitsgericht Hamburg, Urt.v. 1.3.1966, in MDR 1966, S. 673.

30 BGE 76 II 1499; vgl. zum Beweis von Bedingungen von Tuhr/Siegmart/Escher S. 263; mit der Einwendungstheorie und entgegen der herrschenden Leugnungstheorie wird die Bedingung somit als rechtshindernde Tatsache betrachtet.

31 BGE 76 II 150.

32 A.A. das BGer., vgl. 76 II 150.

33 Vgl. hinten S. 103f.

nachdem, ob der Mäkler für einen Verkäufer/Vermieter/Darlehensgeber oder für die Nachfragerseite tätig wird ³⁴, oder ob ein Nachweis- oder Vermittlungsmäklervertrag vorliegt. Die Frage kann sich aber bei beiden Vertrags-"Typen" stellen ³⁵. Vor allem, aber nicht ausschliesslich, im Vermittlungsvertragsverhältnis bleibt einverständliche Ersetzung des Vertragsziels durch ein anderes immer vorbehalten ³⁶. In der deutschen Lehre wird auch Differenzierung nach vermitteltem Objekt (z.B. Darlehen oder Wohnungsvermittlung) vorgeschlagen ³⁷.

Das Problem der Beurteilung, ob und wieweit der abzuschliessende Hauptvertrag in Bezug auf Inhalt und Rechtsform vertraglich fixiert wurde, wird durch die überragende Bedeutung des Erfolgs an sich, sowie durch die (Billigkeits-)Ueberlegung, der Auftraggeber dürfe nicht ohne Entgeltverpflichtung von Bemühungen des Mäklers profitieren, zusätzlich erschwert. Allein aus der Tatsache, dass ein Vertrag überhaupt geschlossen wurde, kann jedoch nicht gefolgert werden, es sei dem Auftraggeber nicht darauf angekommen, gerade den im Mäklervertrag angestrebten zu schliessen ³⁸. Auch ist hinzunehmen, dass eine nicht erfüllte Bedingung zu Provisionsverlust, und mangels Abrede auch nicht zu Aufwendungsersatz, führt, selbst wenn dank der Bemühungen des Mäklers ein wirtschaftlich fast, aber eben nur fast, gleichwertiges Ziel

³⁴ Vgl. hinten S. 102: Beschränkung auf bestimmtes Objekt?

³⁵ A.A. Rep. 1969 p. 257: Einrede der Nichtidentität setze Nachweismäklervertrag voraus; umgekehrt lässt ZR 57, 1958, S. 142, wo Vermittlung vereinbart war, offen, ob sich die Frage bei Nachweismäkelei überhaupt stelle.

³⁶ Vgl. ZR 34, 1935, Nr. 18 S. 49; SemJud 1977 p. 43: Der Kläger, der ursprünglich eine ganze Parzelle zu verkaufen beabsichtigte, habe "accepté de modifier l'ampleur de la vente envisagé, de limiter ainsi l'objet de courtage.."; von Büren S. 207; Guggenbühl S. 232; zur deutschen Rechtsprechung bei Glaser/Warncke S. 192.

³⁷ Schwerdtner S. 64.

³⁸ Vgl. hinten S.102f zu Schwerdtners "Austauschbarkeitstheorie".

erreicht wurde 39.

Der Zeitpunkt des Zustandekommens des Hauptvertrags kann im übrigen, mangels Fristansetzung, auch nach Beendigung des Mäklervertrags liegen. Andernfalls könnte sich der Auftraggeber leicht durch Widerruf von der Provisionspflicht befreien. Voraussetzung bleibt, dass zum Zeitpunkt, als der Mäkler (kausal) tätig wurde, ein gültiger Mäklervertrag bestand 40.

3.2.2. Art des Vertrags (rechtliche Ausgestaltung)

Die rechtliche Form der Verpflichtung zur angestrebten Güterverschiebung (Kaufvertrag, Mietvertrag, Darlehensvertrag etc.) ist im Rahmen der (Mäkler-)Auftragsumschreibung nicht immer explizit, oft gar nicht angesprochen. Auch die Verwendung der rechtlichen Ausdrücke, also etwa die Abmachung, es sei ein "Kaufvertrag" zu vermitteln, lässt nicht zwingend darauf schliessen, dass Abschluss eines Vertrages dieser Art strikt als Bedingung für die Entstehung des Provisionsanspruchs zu verstehen ist. Soweit dies ausdrücklich vereinbart wurde, ist an OR 156 zu erinnern, der vor Missbräuchen durch den Auftraggeber schützt.

Die Rechtsprechung ist eher streng. Verneint wurde Identität, wo Kauf statt Tausch 41, Tausch statt Kauf 42, Miete statt Kauf, Kauf statt Miete, oder Pacht anstelle von Miete vereinbart worden war 43. Ungenügend sei der Abschluss eines Bausparvertrags statt eines Darlehensvertrags 44. Bei entsprechender Abrede in AGB

39 Vgl. unten zur Mindestpreisproblematik; die dazu entwickelten Grundsätze sind insofern verallgemeinerungsfähig; vgl. aber auch Dyckerhoff S. 11.

40 BGE 97 II 357.

41 ZR 12, 1913, Nr. 107, S. 164: Vereinbart war Tausch, realisiert Verkauf.

42 ZR 34, 1935, Nr. 18, S. 49.

43 Vgl. Rechtsprechungsnachweis bei Schwerdtner S. 63.

44 BGH, Urteil v. 15.5.1968, und v. 19.10.1966, bei Schwerdtner S. 64 Fn 10.

wurde dagegen Provision zugesprochen, wo statt des angestrebten Kaufvertrags ein Mietvertrag zustandekam ⁴⁵. Aequivalenz wurde auch bejaht für den Fall, dass der Auftraggeber/Vermieter dem Mieter ein Vorkaufsrecht einräumt ⁴⁶.

Strittig ist, ob Vorverträge im allgemeinen, Kaufrechtsverträge statt Kaufverträge, oder Verträge über Vorkaufsrechte als Erfolg im Sinne von OR 413 I anzusehen sind. Das Kriterium einer "endgültigen Bindung" ⁴⁷ ist missverständlich. Da der Vertrag "exécutionnable" sein müsse, genüge blosses Kaufsrecht nicht ⁴⁸. Die Unanfechtbarkeit des Vertrags ⁴⁹ steht hier aber nicht in Frage.

In all diesen Fällen besteht eine feste obligatorische Bindung als Vorstufe zum letztlich angestrebten Hauptvertrag. Dessen Abschluss und Erfüllung steht in der Regel nicht unmittelbar bevor; die zeitliche Verzögerung kann unabsehbar sein. Kommt es dem Auftraggeber lediglich auf die Bindung an sich an, nicht dagegen darauf, ob er innert Monaten oder erst Jahren verfügbungsberechtigt wird, ist der Zweck erfüllt. Auf jeden Fall genügt ein Vorvertrag, dessen Hauptleistung, die Abgabe einer Willenserklärung, im Zweifel sofort fällig ist (OR 75) ⁵⁰. Die

⁴⁵ Vgl. bei Glaser/Warncke Nr. 338 S. 370.

⁴⁶ OLG Zweibrücken, Urteil v. 4.6.1976, in AIZ 1976, S. 288.

⁴⁷ Hofstetter S. 127 zu Vorverträgen.

⁴⁸ BGE 44 II 497; Thilo p. 37f; zu Unrecht wird in diesem Zusammenhang verschiedentlich BGE 83 II 151ff zitiert, der sich dazu nicht äussert.

⁴⁹ Siehe dazu hinten S. 107ff.

⁵⁰ So auch SemJud 1956 p. 460; implizit BGE 46 II 391; SJZ 53, S. 29 Nr. 10; vgl. Fribourg, Tarif, lit. d: "En cas de promesse de vente non executée, l'agent immobilier aura droit à une indemnité égale au 25% du dédit prévu", maximal aber in Höhe der Erfolgsprovision.

gegenteilige deutsche Rechtsprechung ⁵¹ kann nicht herangezogen werden, da unter Vorvertrag verschiedene, in der Schweiz nicht gängige Vertragstypen subsumiert werden, die nicht bloss (bindende) Vorstufe zu einem angestrebten Kaufvertrag darstellen ⁵².

Bei Einräumung eines Kaufrechts ist zu unterscheiden, ob der Auftraggeber berechtigt oder verpflichtet ist ⁵³. Einräumung eines Vorkaufsrechts genügt nicht, da dieses durch den Abschluss eines Kaufvertrags mit einem Vierten bedingt ist, der völlig im Belieben des Verkäufers steht.

Zur Frage, ob es genüge, wenn (durch den Makler) das gewünschte Objekt statt durch Kaufvertrag auf dem Wege der Versteigerung erworben werden kann, sei auf die deutsche Rechtsprechung verwiesen ⁵⁴.

3.2.3. Vertragsobjekt

a) Vermittlung oder Nachweis eines aliud:

Ist der Auftraggeber Verkäufer, kann sich die Frage stellen, ob bei Vermittlung des Verkaufs (der Vermietung) des Objekts B

⁵¹ Vgl. bei Glaser/Warncke Nr. 454, 455, S. 489f; laut BGH ist die Abmachung, Provision sei schon bei Vorvertragsabschluss verdient, in AGB unzulässig, Urteil v. 18.12.1974, NJW 1975, S.647.

⁵² Vgl. BGH in BB 1975, S. 299; OLG Frankfurt, MDR 1981, S. 1017: statt Kauf sog. "Vermarktungsvertrag"; OLG Düsseldorf, DB 1968, S. 636: statt Kaufvertrag über Reiheneinfamilienhaus Abschluss eines sog. "Träger-Bewerber-Vertrags".

⁵³ Vgl. Guggenbühl S. 236.

⁵⁴ Bei Glaser/Warncke Nr. 151, 152, S. 189ff; Provisionsanspruch des Nachweismäklers wird in der Regel bejaht, für den Vermittlungsmakler dagegen abgelehnt, es sei denn, der Maklervertrag sei dahin abgeändert worden, dass der Makler zum Erwerb im Wege der Versteigerung aktiv beitragen soll.

anstelle von Objekt A Provision geschuldet sei ⁵⁵. Dies ist im Einzelfall jedenfalls dann zu bejahen, wenn der Auftraggeber Mäklertätigkeit im weiteren Rahmen wissentlich duldet. Gesetzliche Vorschriften, dass Mietverträge über Objekte ohne diesbezüglichen ausdrücklichen Vermittlungsauftrag nicht vermittelt werden dürfen, ändern daran nichts ⁵⁶. Weist der Makler dem Verkäufer-Architekten einen Hauskäufer nach, der zwar nicht dessen Fertighaus übernimmt, aber ein solches nach eigenen Plänen, liegt Aequivalenz vor ⁵⁷.

Ist Auftraggeber der Käufer, beschränkt sich der Maklervertrag "im Regelfall nicht auf ein bestimmtes Objekt, sondern ist allgemein auf den Nachweis oder die Vermittlung eines Objekts der gewünschten Art gerichtet.." ⁵⁸. Eine Beschränkung auf ein bestimmtes Objekt komme nur ausnahmsweise in Betracht und müsse vom Auftraggeber unmissverständlich zum Ausdruck gebracht werden ⁵⁹; so, wenn sich der Käufer an einer bestimmten Parzelle interessiert gezeigt, vom Makler aber mehrere Grundstücke nachgewiesen erhalten hatte ⁶⁰. Davon zu unterscheiden ist der Fall, dass der Mieter/Auftraggeber aufgrund des Nachweises des Maklers auf eine andere Vertragsgelegenheit stösst und diese wahrnimmt, z.B. eine andere Wohnung des gleichen Vermieters mietet. Hier scheitert der Provisionsanspruch bei Nachweismaklervertrag an fehlen-

⁵⁵ Vgl. ZR 57, 1958, Nr. 52 S. 142: zu vermitteln war ausschliesslich die Parzelle "Fallacker", nicht die verkaufte "Ried": keine Uebereinstimmung; vgl. von Büren S. 207.

⁵⁶ Vgl. Jura, Ordonnance, Art. 22 a); deutsches WoVermG § 6.

⁵⁷ OLG Celle, Urteil v. 28.4.1967, DB 1968, S. 211.

⁵⁸ Vgl. Glaser/Warncke S. 193 Nr. 153 a); S. 184 Nr. 147 d).

⁵⁹ Glaser/Warncke S. 193 Nr. 153 f); dies gilt m.E. analog für den Fall, dass der Auftraggeber nicht die Fabrik selbst, aber die Allein- oder Mehrheitsbeteiligung an der juristischen Person erwirbt, die diese betreibt, vgl. Dehner §652 Rdn 11.

⁶⁰ LG Köln, Urt.v.4.5.1966, bei Glaser/Warncke Nr. 147 d); Eigentumswohnung statt Wohnhaus wirtschaftlich gleichwertig.

der Kausalität ⁶¹; "Austauschbarkeit" der Objekte ändert daran nichts ⁶².

Die Rechtsprechung hat im übrigen Gleichwertigkeit verneint bei Kauf der Fahrhabe statt des Heimwesens ⁶³; bei Abschluss eines Kaufvertrags über ein Grundstück, das entgegen der Vereinbarung nicht bebaubar war ⁶⁴; bei Vermittlung von Teil- statt Vollfinanzierung ⁶⁵; bei Erwerb von Mit- statt Volleigentum ⁶⁶; bei Miete eines Zimmers von nur 14 statt 26 qm infolge unrichtiger Beschreibung des angebotenen Mietobjekts ⁶⁷. Der Uebergang zu Fällen bloss

b) quantitativer Differenzen ist fliessend. Lehre ⁶⁸ und Rechtsprechung neigen eher zu Bejahung der Aequivalenz. So bei Vermittlung eines Kaufvertrags über einen Hof, der statt 149 nur noch 82 Morgen gross ist ⁶⁹.

3.2.4. Vertragswert (Mindestpreislimite)

Der Mäklervertrag kann folgende Klausel enthalten: "Falls X mein Haus zum Preise von Fr. 255 000.- kaufen sollte, erhalten Sie 2% Provision" ⁷⁰. X kauft zu Fr. 247 000.-. Der Auftraggeber verweigert Provision; die Preislimite sei Entstehungsbedingung und nicht erfüllt. Zunächst ist durch Vertragsauslegung zu ermitteln, ob einer solchen Klausel die Bedeutung einer Mindestpreislimite zukommt, bei deren Nichterreichen keine Provision geschuldet ist ⁷¹. Die Stipulierung einer solchen Bedingung ist ohne

⁶¹ Vermittlungsverträge kommen praktisch nicht vor.

⁶² Vgl. aber Schwerdtner S. 63.

⁶³ ZR 19, 1920, S. 106.

⁶⁴ BGH, WM 1977, S. 21.

⁶⁵ OLG Köln, MDR 1960, S. 48.

⁶⁶ BGH, 18.4.1973, BB 1973, S. 1192

⁶⁷ Arbeitsgericht Hamburg, Urt.v. 1. 3. 1966, MDR 1966, S. 673.

⁶⁸ Guggenbühl S. 237; Schwerdtner S. 63.

⁶⁹ BGH, 4.5.1966, AIZ 1966, S. 154 (Glaser/Warncke S. 184).

⁷⁰ Von Büren S. 207, abgewandelt nach BGE 76 II 149.

⁷¹ Vgl. RVJ 1977 p. 356ss, 357; RVJ p. 362ss, 364.

Zweifel zulässig ⁷². Ist sie schon aufgrund der Auslegung zu bejahen ⁷³, so entfällt der Provisionsanspruch, auch soweit lediglich eine "materiell bedeutungslose Abweichung" ⁷⁴ vorliegt. Bei Verneinung, und damit Qualifikation als blosser Richtpreis ⁷⁵, wird ohne weiteres Äquivalenz angenommen (und nicht nur der Einwand der Nichtidentität abgewiesen). Provision wird, entsprechend reduziert, zugesprochen. Bestehen auch nach der Auslegung der Vertragsurkunde Zweifel, oder fehlt eine solche, so trage der Auftraggeber den Beweis für den Parteiwillen, eine Bedingung zu vereinbaren ⁷⁶. Dies scheint im Ergebnis billig. Zur Begründung wird angeführt, bei Vertragsmodalitäten (wie dem Kaufpreis) schade Inäquivalenz grundsätzlich nicht ⁷⁷. Nach der herrschenden Lehre zur Beweislastverteilung bei Bedingungen hätte allerdings der Makler "nachzuweisen, dass der Vertrag unbedingt abgeschlossen wurde" ⁷⁸.

⁷² Maximen 1961-70, S. 231.

⁷³ Keine Fälle bekannt.

⁷⁴ A.A. offenbar Oser/Schönenberger 413 N 16, wo aber unklar bleibt, in welcher Beziehung die Differenz zwischen vereinbarter Limite und effektivem Kaufpreis zur Höhe der vereinbarten Provision stehen soll; BGE 76 II 150; Guggenbühl S. 240: Geltendmachung wäre rechtsmissbräuchlich.

⁷⁵ Vgl. RVJ 1977 p. 357.

⁷⁶ BGE 76 II 149; RVJ 1977, p. 357, 364; BJM 1974, S. 24ff, 26.

⁷⁷ Guggenbühl S. 239; ohne Begründung Oser/Schönenberger 413 N 16 und BGE 76 II 149.

⁷⁸ Guldener, Beweiswürdigung, S. 66; von Tuhr/Siegwart/Escher S. 263; ebenso die dort zitierte deutsche Literatur; a.A. Becker, Kommentar 1941, vor OR 151, N 29; wie Becker: Soergel-Knapp, vor § 158 Rz 45, 46.

3.2.5. Abweichung hinsichtlich der Hauptvertragspartner

Der Fall, dass statt des Auftraggebers eine ihm nahestehende Person den Hauptvertrag schliesst, ist unter dem Gesichtspunkt des OR 156 zu sehen. Treuwidrige Vereitelung des Eintritts der Bedingung ist zu bejahen, "sofern er mit seinem Vorgehen gleichwohl den gewünschten Erfolg erreicht hat" ⁷⁹. Dem steht die Abschlussfreiheit nicht entgegen ⁸⁰. Die Frage der Kausalität stellt sich nicht, da Einwirken auf den Vertragsgegner, nicht den Auftraggeber vorausgesetzt wird.

Kommt der Vertrag nicht mit der ins Auge gefassten Person, sondern mit der von ihr beherrschten Gesellschaft zustande, ist Provision geschuldet ⁸¹. Zulässig ist die Abrede, Provision sei nur geschuldet, wenn der Hauptvertrag mit einem Partner aus einer bestimmten Gruppe von Personen zustandekommt ⁸². Kommt der Vertrag zwar mit dem nachgewiesenen Interessenten zustande, erweist sich dieser jedoch im nachhinein als ungeeignet, bleibt der Provisionsanspruch unangetastet ⁸³. Dass sich der Hauptvertrag als kompletter Fehlschlag erweist, weder rechtlich noch praktisch durchführbar war, führt allenfalls zu einer Gegenforderung gegen den Mäkler aus Treupflichtverletzung, wenn dieser trotz Erkundungspflicht einen insolventen und charakterlich zweifelhaften Interessenten nachgewiesen hat ⁸⁴.

⁷⁹ ZR 48, 1949, Nr. 14, S. 32ff.

⁸⁰ Vgl. vorn S. 93.

⁸¹ BGE 40 II 529; Kausalität ist zu bejahen, vgl. vorn S. 91.

⁸² BGE v. 29.1.1951, JdT 1951 p. 254f: "mandat restrictif".

⁸³ Guggenbühl S. 241; zur Insolvenzproblematik vgl. hinten S. 116ff.

⁸⁴ Vgl. aber SemJud 1971 p. 509; vgl. zur Frage der Insolvenz hinten S. 116ff.

Zur Frage des Provisionsanspruchs des Mäklers bei Selbsteintritt in den Vertrag besteht in der Schweiz kaum ⁸⁵, in Deutschland eine ausgedehnte Rechtsprechung, die sich insbesondere mit der Frage der wirtschaftlichen Verflechtung zwischen Maklern und nachgewiesenen Dritten beschäftigt ⁸⁶.

⁸⁵ Vgl. BGE 83 II 147ff; ZR 35, 1936, Nr. 107, S. 233f; Hofstetter S. 129; Guggenbühl S. 242.

⁸⁶ Bei Glaser/Warncke Nr. 436 - 438; bei Dyckerhoff S. 100ff; Schwerdtner S. 162, Rz 176ff; Soergel-Mormann § 652 Rz 19; Reich, §§ 652-54, N 20; Schwerdtner, Kommentar §652 Rz 146-159; kritisch Lieb, DB 1981, S. 2415.

3.3. Unvollkommener oder fehlerhafter Hauptvertrag

3.3.1. Nichtigkeit

Zustandekommen des Hauptvertrags setzt formelle und materielle Rechtsgültigkeit voraus. Der Auftraggeber muss aufgrund des Hauptvertrags in der Lage sein, die angestrebte Güterverschiebung zu realisieren. Ein nach OR 20 nichtiger Vertrag begründet keine Provision ⁸⁷.

Von Interesse ist vor allem der dissimulierte Grundstückskauf, wo der wirklich gewollte Vertrag regelmässig formungültig ist, weil der richtige Preis nicht öffentlich beurkundet ist. Kann sich der Auftraggeber gegenüber dem Provisionsanspruch auf die Formnichtigkeit des vermittelten Vertrags berufen ⁸⁸?

Dies ist grundsätzlich zu bejahen, auch wenn die Parteien unter sich Auflösung bisher nicht verlangt haben; die Frage der Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu prüfen ⁸⁹. Allerdings ist daran zu erinnern, dass nach jüngerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung der freiwillig erfüllte Kaufvertrag regelmässig aufrechterhalten wird, ausser, wenn alle übrigen Umstände für Nichtigkeit sprächen ⁹⁰.

Auch bei Feststehen der Nichtigkeit des Hauptvertrags kann deren Geltendmachung gegenüber dem Mäkler rechtsmissbräuchlich i.S.v.

⁸⁷ BGE 87 II 141; BGE 46 II 391; unveröffentlichter BGE v. 9. 9. 1980; JdT 1957 p. 29 für den Fall eines formnichtigen Kaufver sprechens; Hofstetter S. 127; Guggenbühl S. 193; Gautschi 413 N 4b.

⁸⁸ Vgl. Fribourg, Extraits 1962, p. 77ss.; unrichtige Preisangabe in casu darin begründet, dass die Uebernahme der Mäklerprovision im Kaufvertrag nicht erwähnt wurde.

⁸⁹ BGE 104 II 101; Fribourg, Extraits 1962 p. 81.

⁹⁰ Vgl. BGE 92 II 323ff; Oftinger, Bundesgerichtspraxis S. 28ff; vgl. auch BGE 104 II 99ff; Frage des erfüllten nichtigen Vertrags offengelassen in SemJud 1971 p. 504ss, 509; Turretini p. 118s; vgl. auch Reichel S. 29; ohne Einschränkungen die deutsche Rechtsprechung, vgl. bei Fn 96, S. 108.

ZGB 2 II sein ⁹¹. Dies wurde bejaht, wo der auf Provision beklagte Käufer die Nichtigkeit selbst provozierte ⁹², und gilt gemäss Bundesgericht generell, wenn dem Auftraggeber ein Verschulden an der Ungültigkeit des Hauptvertrages vorwerfbar ist ⁹³. Kann Nichtigkeit nicht geltend gemacht werden, bleibt die Provisionsbasis und der Anspruch bestehen ⁹⁴.

Das Bundesgericht geht noch weiter. Auch ohne ein Verschulden des Auftraggebers "widersprüche es Treu und Glauben, den vereinbarten Provisionsanspruch nur deshalb entfallen zu lassen, weil das Geschäft aus Gründen scheiterte, die in der Person...(des Auftraggebers) liegen" ⁹⁵. Aehnlich entschied das LG Frankfurt, die Provision falle nicht dahin, "wenn die Nichtigkeit ausschliesslich auf einem Umstand beruht, den der Auftraggeber des Maklers ohne dessen Mithilfe in sittlich zu missbilligender Weise herbeigeführt hat; denn der Auftraggeber darf aus seiner eigenen Illoyalität keine Einwendungen herleiten" ⁹⁶; Provision sei allerdings

⁹¹ Fribourg, Extraits 1962, p. 82s, unter Bezugnahme auf BGE 86 II 398, BGE 87 II 28.

⁹² Fribourg, Extraits 1962 p. 83.

⁹³ Unveröffentlichter BGE v. 9.9.1980, E 46ff: offengelassen, ob schuldhafte Zuwiderhandlung gegen Art. 24 Bew.B. (Lex Furgler); BGE 52 II 85; m.E. muss darin aber zugleich eine Treuwidrigkeit gegenüber dem Mäkler liegen; gleich im Ergebnis die deutsche Rechtsprechung, die dem Mäkler den Einwand der allgemeinen Arglist verweigert, vgl. Dehner §652 Rdn 15.

⁹⁴ Im deutschen Recht wird offenbar angenommen, trotz Nichtberücksichtigung des Einwands falle der Hauptvertrag als Provisionsvoraussetzung grundsätzlich (ex tunc) weg, es sei eine Ausnahme von der Regel zu machen, nach der Zustandekommen Voraussetzung ist, vgl. Glaser/Warncke Nr. 302c, S. 341.

⁹⁵ Unveröffentlichter BGE v. 9.9. 1980, S. 9.

⁹⁶ Vgl. LG Frankfurt, Urteil v. 2.7.1971, bei Glaser/Warncke Nr. 302 c); OLG Köln, Urteil v. 27.7.1956, in MDR 1956, S. 738: trotz Verschulden Wegfall der Provision; vgl. auch Schwerdtner S. 78.

dann nicht geschuldet, wenn der Makler von der Schwarzgeldzahlung gewusst habe.

Dem kann nicht gefolgt werden. Einerseits wird der mäklerrechtliche Grundgedanke der Erfolgsbezogenheit und Abschlussfreiheit zu wenig beachtet: Ein ungültiger Vertrag stellt für den Auftraggeber auch dann einen Misserfolg dar, wenn er selbst das Scheitern verursacht hat. Auch stellt der Abschluss eines fehlerhaften Vertrags keineswegs eine treuwidrige Verhinderung der Provisionsbedingung (OR 156) dar ⁹⁷. Andererseits wird ZGB 2 überdehnt: Darin, dass der - unverschuldete - Wegfall der Provisionsgrundlage geltend gemacht wird, kann nicht ohne weiteres eine gegen den Mäkler gerichtete Verletzung von Treu und Glauben erblickt werden. Trifft den Auftraggeber kein Verschulden am Scheitern des Hauptvertrages, kann er daher dessen Nichtigkeit dem Provisionsanspruch des Mäklers jederzeit entgegenhalten.

3.3.2. Unverbindlichkeit

Auch die erfolgreiche Geltendmachung einseitiger Unverbindlichkeit des Vertrags infolge Willensmangels zerstört grundsätzlich den Provisionsanspruch ⁹⁸. Unverbindlichkeit ist aber nicht von Amtes wegen zu prüfen ⁹⁹. Die wohl herrschende Schweizer Lehre geht von Ungültigkeit ab initio aus ¹⁰⁰. Die Gegenmeinung nimmt anfängliche Gültigkeit, bei Ausübung des Anfechtungsrechts Aufhebung ex tunc an ¹⁰¹.

⁹⁷ Vgl. vorn S. 94; dies ergibt sich aus der grundlegenden Abschlussfreiheit; vgl. auch hinten Fn 105.

⁹⁸ Vgl. Gautschi 413 N 4b.

⁹⁹ Unklar diesbezüglich SemJud 1971, p. 504ss, 509; vgl. von Tuhr/Siegwart/Peter S. 330.

¹⁰⁰ Für viele: von Tuhr/Siegwart/Peter S. 330; Gauch/Schluep/Jäggli N 674; im Ergebnis auch Guggenbühl S. 194, für den Anfechtbarkeit genügt, um den Provisionsanspruch zu verneinen.

¹⁰¹ V.a. in Deutschland: Schwerdtner S. 82 Rz 79; Glaser/Warncke Nr. 300; Dyckerhoff S. 18; zur Fiktion des § 142 BGB bei Lierow S. 103; vgl. aber auch ZR 80, 1981, Nr. 34, S. 108.

Unzulässig wäre die Einrede der Anfechtbarkeit im Provisionsprozess bei Unverbindlichkeit für den Auftraggeber (Irrender, Getäuschter), solange sie nicht gleichzeitig gegenüber dem Hauptvertragspartner geltend gemacht wird. Nach erfolgreicher Anfechtung diesem gegenüber kann bezahlte Provision vom Makler zurückgefordert werden 102.

Hat der Auftraggeber durch schuldhaftes Verhalten (insbesondere Täuschung) den Vertrag erst für den Vertragspartner einseitig unverbindlich gemacht, kann er sich, so die Schweizer Lehre, gegenüber dem Makler nicht auf die Unwirksamkeit des anfechtbaren oder angefochtenen Vertrags berufen 103; die Provision bleibe verdient. Nach deutscher Auffassung entfällt der Provisionsanspruch. "Der Makler wolle... eine von seinem Auftraggeber einem Dritten gegenüber begangene arglistige Täuschung dazu ausnutzen, um einen Anspruch zu stützen, der nur durch die unerlaubte Handlung entstanden sei" 104.

M.E. ist entscheidend, ob vom Anfechtungsrecht Gebrauch gemacht oder das Geschäft genehmigt und dadurch der Mangel geheilt wird. Solange der berechtigte Hauptvertragspartner nicht anfecht, wozu er (nur) ein Jahr Zeit hat (OR 31), ist der Auftraggeber an den Hauptvertrag gebunden, unabhängig von einem Verschulden; anderseits bleibt auch der angestrebte "Erfolg" erhalten. Die Provision ist zu leisten.

Erst bei erfolgreicher Anfechtung entfallen Bindung und wirtschaftlicher Erfolg. Da grundsätzlich auch nach Treu und Glauben aus dem Maklervertrag keine Verpflichtung des Auftraggebers besteht, nur rechtsgültige Hauptverträge abzuschliessen 105, darf er sich ohne weiteres auf dessen Ungültigkeit berufen, sofern

102 Ausnahme: der Vertrag wird später doch ausgeführt, vgl. Glaser/ Warncke Nr. 305.

103 Hofstetter S. 127; so offenbar schon Thilo p. 41.

104 Dyckerhoff S. 18; BGH, Urteil v. 29.11.78, in NJW 1979, 975; Schwedtner S. 80f Rz 78; immerhin sei eine Provisionsgarantie für diesen Fall möglich, vgl. Glaser/Warncke Nr. 304.

105 Ähnlich Rust, MDR 1959, 450.

nicht im Setzen des Grundes der Unverbindlichkeit eine Treuwidrigkeit auch gegenüber dem Mäkler liegt. Dieser hat jedoch keinen Anspruch gegen den Auftraggeber auf Verhalten gemäss Treu und Glauben gegenüber dem Hauptvertragspartner. Er muss vielmehr jederzeit damit rechnen, dass das Geschäft, aus welchen Gründen auch immer, fehlerhaft und damit keine taugliche Provisionsbasis ist. In der Regel wird der Provisionsanspruch entfallen.

Nach deutscher Auffassung besteht im übrigen sogar dann kein Provisionsanspruch, wenn eine Partei zwar formell von einem gesetzlichen Rücktrittsrecht (entsprechend OR 107) ¹⁰⁶ Gebrauch macht, jedoch aus Gründen, die zur Anfechtung berechtigt hätten ¹⁰⁷. Die Wahl zwischen Rücktritt und Anfechtung sei häufig zufällig ¹⁰⁸. Dies ist abzulehnen. Es geht nicht an, dem Mäkler Nachteile zu auferlegen, die sich nur ergeben hätten, falls der Auftraggeber von seinen (behaupteten) gesetzlichen Möglichkeiten Gebrauch gemacht hätte.

Einseitig unverbindlich ist auch der mit einem zwar urteilsfähigen, aber nicht geschäftsfähigen Partner geschlossene Hauptvertrag, falls dieser ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters handelte (ZGB 19 I; 410). Während des Schwebezustands bis zur

¹⁰⁶ Vgl. hinten S. 114.

¹⁰⁷ Glaser/Warncke Nr. 280 e, Nr. 289, Nr. 301c); Lierow S. 107; vgl. auch SJZ 23, 1926/27, Nr. 130 S. 169, wo Provision abgelehnt wurde infolge Nachweises eines insolventen Käufers; in der einverständlichen Aufhebung liege eine Anerkennung des Anfechtungsrechts.

¹⁰⁸ Aehnlich argumentierte die Genfer Cour de Justice im Fall SemJud 1971 p. 504ss, wo an sich zwar nur Rücktritt des Auftraggebers vorlag, der Hauptvertrag jedoch zufolge Insolvenz (siehe hinten S. 116ff) des Käufers nicht bloss als anfechtbar, sondern als nichtig qualifiziert und Provisionsanspruch verneint wurde.

allfälligen Genehmigung ¹⁰⁹ ist der Hauptvertrag nicht gültig zustandegekommen. Ein hinkendes Rechtsgeschäft genügt nicht. Allerdings muss das Fehlen der Geschäftsfähigkeit feststehen, blosser Verdacht macht die Provisionspflicht nicht hinfällig ¹¹⁰.

3.3.3. Bedingter oder belasteter Hauptvertrag

Unvollkommen in einem weiteren Sinn ist auch der unter aufschiebender Bedingung geschlossene Hauptvertrag. Nach OR 413 II kann diesfalls der Maklerlohn erst verlangt werden, wenn die Bedingung eingetreten ist ¹¹¹. Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang an OR 156 ¹¹². Nicht geregelt ist der Abschluss unter auflösender Bedingung. Da der Eintritt der Bedingung nur ex nunc wirkt, wird die einmal entstandene Provision nicht berührt ¹¹³.

Ein Kaufvertrag kann auch dadurch belastet sein, dass zugunsten eines Vierten ein Vorkaufsrecht besteht. Ist der Auftraggeber Verkäufer, so bleibt die Provision verdient. Der wirtschaftliche Erfolg ist garantiert, es wechselt lediglich die Person des Käufers ¹¹⁴. Ist Auftraggeber dagegen der Käufer, dem der wirtschaftliche Erfolg bei Ausübung des Vorkaufsrechts versagt

¹⁰⁹ Zur Frage behördlicher Genehmigungen vgl. hinten S. 115; Schwerdtner S. 90.

¹¹⁰ BGH, DB 1976, S. 2252.

¹¹¹ Vgl. Hofstetter S. 127 mit Hinweisen; Gautschi 413 N 4a,b; Guggenbühl S. 201ff; BGB 652 I Satz 2.

¹¹² Instrukтив SemJud 1961, p. 289; BGE 44 II 497; Guggenbühl S. 201; wird der Hauptvertrag vor Eintritt der Bedingung einverständlich aufgehoben, entsteht kein Provisionsanspruch, vgl. Dehner §652 Rdn 13.

¹¹³ Guggenbühl S. 213ff; a.A. Thilo p. 40 (ohne Begründung: Ausnahme zu OR 154 II); differenzierend Soergel-Mormann § 652 Rz 17; Schwerdtner S. 89f.

¹¹⁴ Implizit Guggenbühl S. 217f; Thilo p. 37; SemJud 1926 p. 393; Dyckerhoff S. 18f; Schwerdtner S. 96 Rz 99.

bleibt, besteht kein Provisionsanspruch ¹¹⁵. Analog zum Fall der aufschiebenden Bedingung entsteht Provisionspflicht erst, wenn der Berechtigte auf die Geltendmachung gültig verzichtet ¹¹⁶. Ebenso ist bei Abschluss eines Kaufvertrags mit Rücktrittsvorbehaltsklausel Lohnanspruch erst gegeben, wenn über die Ausübung Klarheit herrscht. Vorher besteht ein Schwebezustand, der es verunmöglicht, die Frage nach der Erreichung des Vertragsziels (Äquivalenz-Prüfung) zu beantworten ¹¹⁷.

3.4. Nichterfüllung

3.4.1. Im Allgemeinen

Von der Phase der Vertragsentstehung ist diejenige der Vertrags-
erfüllung strikt zu unterscheiden ¹¹⁸. Grundsätzlich bleibt der Provisionsanspruch bestehen, auch wenn das wirksam abgeschlossene Geschäft nicht zur Ausführung gelangt ¹¹⁹. Dies gilt für Fälle

¹¹⁵ Zur Frage, ob der Vorkaufsberechtigte dem Makler Provision zahlen muss, wenn nach übernommenem Kaufvertrag der Käufer diese geschuldet hätte vgl. Glaser/Warncke Nr. 366-370, sowie LG Köln, Urt. v. 22. 5. 1985, in MDR 1985 S. 935.

¹¹⁶ Vgl. Reichel S. 72f; a.A. Guggenbühl S. 217.

¹¹⁷ Vgl. BGH Urteil v. 9.1.1974, in NJW 1974, S. 694; a.A. Schwerdtner S. 84 Rz 65; Reich, § 652-54 Rz 18, der jegliche Differenzierung als nicht überzeugend ablehnt, verknüpft mit jedem Dahinfallen des Hauptvertrags, ex tunc oder ex nunc, Wegfall des Provisionsanspruchs.

¹¹⁸ Vgl. Oser/Schönenberger 413 N 5; zu Abreden, die Provision von Erfüllung abhängig machen, hinten S. 143.

¹¹⁹ Unveröffentlichter BGE v. 9.9.1980, E 4, S.5; BGE 71 II 268 E 2; SemJud 1963 p. 631; zur Nichterfüllung eines Vorvertrags (promesse de vente) vgl. Fribourg, Tarif, vorn S. 100 Fn 50; unklar frühere deutsche Urteile, vgl. bei Wegener/Sailer S. 40.

einverständlicher Aufhebung ebenso wie bei Rücktritt nach OR 107¹²⁰, bei Wandelung oder Minderung¹²¹, wo anfängliches Bestehen des Vertrags implizit vorausgesetzt wird. Schwierigkeiten bei der Durchführung des Vertrags liegen grundsätzlich in der Risikosphäre des Auftraggebers, nicht des Mäklers¹²². Der BGH macht zu Recht eine Einschränkung, "wenn das vermittelte Geschäft nicht durchgeführt werden kann, weil es bereits anfänglich unter einer unvermeidbaren Belastung leidet, die seiner Durchführung entgegen steht"¹²³. Allerdings kommt als Rechtsfolge nicht Wegfall des Provisionsanspruchs, sondern allenfalls die Entstehung einer Schadenersatzforderung gegen den Makler aus Treuepflichtverletzung in Frage.

Eine Ausnahme wird von einem Teil der deutschen Lehre für die Vermittlung von Darlehensverträgen postuliert, weil diese als Realverträge zu qualifizieren seien¹²⁴; Provisionspflicht entstehe deshalb erst nach Erfüllung. Im Entwurf wird dem Rechnung getragen, indem grundsätzlich der Provisionsanspruch erst bei Auszahlung entstehen soll¹²⁵.

¹²⁰ SemJud 1971 p. 504ss; BGE 71 II 268; Schwerdtner S. 88.

¹²¹ Lierow S. 107 mit Nachweisen.

¹²² BGE 106 II 224f: "Für die Erfüllung.. hat der Makler von seiner charakteristischen Aufgabe und ihrer gesetzlichen Regelung her nicht einzustehen".

¹²³ BGH, Urteil v. 7.7.1982, in MDR 1983, S. 36: Ausübung eines Vorkaufsrechts auf das vermittelte Grundstück, bzw. das Grundstück, das der Auftraggeber mittels des Darlehens erwerben wollte. M.E. müsste zudem Voraussetzung sein, dass dem Makler bekannt war oder bekannt sein musste, dass die Durchführung unmöglich sein würde.

¹²⁴ Soergel-Mormann § 652 Rz 17; a.A. Glaser/Warncke S. 48.

¹²⁵ L. §655b I; eine Ausnahme wird entsprechend gänztiger Rechtssprechung gemacht, wenn ein klagbarer Anspruch auf Auszahlung gegeben ist; BGH, in MDR 1983, S. 36; BGH, in NJW 1969, S. 1957; vgl. § 16 der Zürcher DarlehensvermittlerVO: "Die Vermittlergebühr darf erst bei der Auszahlung des Darlehens oder Eröffnung des Kredites erhoben werden".

Andererseits entfällt gerade bei Kreditvermittlung der Provisionsanspruch nicht, wenn der mit der Darlehensaufnahme verfolgte Zweck nicht mehr erreicht werden kann. Das Kapital kann anderweitig genutzt werden.

Ist für das Erfüllungsgeschäft eine behördliche Genehmigung notwendig, und wird diese nicht erteilt, bzw. müsste verweigert werden, bleibt der Provisionsanspruch, Parteiabreden vorbehalten, gewahrt ¹²⁶. Das OLG Hamburg sprach Provision jedenfalls dann zu, wenn den Hauptvertragsparteien die Genehmigungsbedürftigkeit des Geschäfts bekannt war ¹²⁷. Darauf kann es jedoch nicht ankommen. Gerade bei Unkenntnis stellt sich die Frage, wer das Risiko zu tragen habe. Dieses liegt, vorbehaltlich besonderer Abrede, beim Auftraggeber ¹²⁸. Der Makler, der die Genehmigungsbedürftigkeit kannte oder kennen musste, ist allerdings nach Treu und Glauben verpflichtet, den Auftraggeber darauf aufmerksam zu machen, und wird gegebenenfalls schadenersatzpflichtig. Es liegt dann am Auftraggeber, durch Abrede den Provisionsanspruch von der Erteilung der Genehmigung abhängig zu machen.

Vermittlung eines letztlich auf unmögliche Leistung gerichteten (nichtigen) Vertrags liegt dann vor, wenn die Erteilung der Genehmigung nicht im Ermessen der Behörden liegt, und nach den Umständen ausgeschlossen erscheint ¹²⁹.

¹²⁶ Vgl. Thurgau, RechB OGer 1945, S. 64ff, notrechtliche Genehmigung; das Verfahren setzt zivilrechtlich gültigen Vertrag gerade voraus; zu unterscheiden von Bewilligungen gemäss BewB (Lex Furgler), vgl. vorn S. 108, Fn 93.

¹²⁷ Urteil v. 12.12.1974, bei Glaser/Warncke Nr. 401b, S. 440.

¹²⁸ Atypisch wohl die Annahme stillschweigender Risiko-Mitübernahme durch den Makler bei Kriegsgeschäften, vgl. Thurgau, RechB OGer 1921, S. 40ff ("Schiebergeschäft"); der BGH lässt AGB-Klauseln, wonach Provision trotz Nichtgenehmigung geschuldet sei, zu: Urt.v.23.3.1966, in Glaser/Warncke Nr. 274.

¹²⁹ Entsprechend der deutschen h.A., vgl. etwa BGH, Urteil v. 14.7. 1976, in DB 1976, S. 2252: Nichtgenehmigung nach deutschem Bundesbaugesetz; Dehner §652 Rdn 15; Schwerdtner, Kommentar §652 Rz 105; Soergel-Mormann, § 652 Rz 18.

3.4.2. Insolvenz des Hauptvertragspartners

Die Provision bleibt unberührt, selbst wenn der Makler die Nichterfüllung des Hauptvertrags "durch einen Verstoss gegen die Maklertreue selbst verschuldet hat" ¹³⁰. Verwirkung infolge schweren Verstosses gegen Treuepflichten ist einzig im Rahmen des Art. 415 OR (unzulässige Doppelvermittlung) möglich ¹³¹. Hauptfall ist der Nachweis eines insolventen Käufers/Interessenten, an dessen Zahlungsunfähigkeit das Hauptgeschäft scheitert. Die Frage ist, ob und in welcher Höhe dem Provisionsanspruch Schadenersatzansprüche entgegengestellt werden können ¹³². Den Makler trifft zwar im Normalfall keine Tätigkeitspflicht, falls er jedoch aktiv wird, haftet er gemäss OR 398 I (i.V.m. OR 412 II) für omnis culpa (Verweis auf OR 321 e).

Es ist unbestritten, dass der Makler alles unterlassen muss, was dem Auftraggeber schaden könnte, und ihn im Rahmen seiner Tätigkeit über alle Punkte zu informieren hat, die für den Vertragsab-

¹³⁰ Vgl. Guggenbühl S. 208; SemJud 1963 p. 631; Gegenansprüche des Auftraggebers aus Schadenersatz wegen Treuepflichtverletzung bleiben vorbehalten.

¹³¹ BGE 106 II 224f; anders die deutsche Lehre, die BGB 654 als Ausfluss eines allgemeinen Prinzips versteht und extensiv auslegt; ständige Rechtsprechung des BGH, vgl. etwa Urteil v. 24. 6. 1981, in MDR 1982, S. 38 (NJW 1981, S. 2297); MDR 1985, S. 741; MDR 1985, S. 126, wo die Ausdehnung des § 654 an ihre Grenzen gestossen ist (Treuepflichtverletzung erst nach Abschluss des Hauptvertrags).

¹³² ZR 80, 1981, S. 109; Fribourg, Extraits 1970, p. 56ss; anders SemJud 1971 p. 504ss; deutsche Rechtsprechung bei Glaser/Warncke Nr. 311; in BGE 110 II 276ff stellt sich die Frage des Schadenersatzanspruchs ausserhalb des Provisionsprozesses; die dort gemachten Ueberlegungen sind aber dennoch mit zu berücksichtigen.

schluss von Bedeutung sein könnten ¹³³. Diese aus Treu und Glauben abzuleitende Mitwirkungspflicht beschränkt sich jedoch grundsätzlich auf die Pflicht zur Mitteilung (Benachrichtigung) von Informationen, die der Mäkler im Zug seiner Arbeit erwirbt. Er ist nicht verpflichtet, über die allgemeine Prüfung der generellen Abschlusswilligkeit und -tauglichkeit ¹³⁴ hinaus Recherchen über den Interessenten anzustellen.

Aus der unumschränkten Mitteilungspflicht ergibt sich die Pflicht des Mäklers, jeden auftauchenden Zweifel hinsichtlich der Zahlungsfähigkeit des Interessenten dem Auftraggeber mitzuteilen ¹³⁵. Dieser kann dann entscheiden, ob er selbst weitere Abklärungen vornehmen, oder den Mäkler damit betrauen wolle. Unabhängig davon, ob der Mäkler Anlass hat, an der Zahlungsfähigkeit des Dritten zu zweifeln, muss er nach Treu und Glauben den Auftraggeber, der, für den Mäkler erkennbar, darauf vertraut, dass der Mäkler Abklärungen vorgenommen habe oder vornehmen werde, darüber ins Bild setzen, dass dies - im Normalmäklervertrag - nicht zum Aufgabenkreis des Mäklers gehört ¹³⁶. Dies gilt in verstärktem Mass, wo der Auftraggeber offensichtlich geschäftsunkundig oder unvorsichtig ist, und der Mäkler Berufsvermittler ist ¹³⁷.

Unerheblich für die Frage der Mitteilungspflicht ist, dass das Hauptgeschäft von der Zahlungsfähigkeit des vermittelten Partners abhängt ¹³⁸; diese ist immer von Bedeutung, wenn der Dritte

¹³³ Oser/Schönenberger 412 N 21; es gibt jedoch keine Pflicht, dessen Interessen "aufs beste" zu wahren, vgl. BGE 110 II 278; BGE 84 II 527.

¹³⁴ Guggenbühl S. 256; dem Erfordernis einer Tätigkeit an sich genügt der Mäkler auch mit Nachweis eines völlig bankrotten Interessenten, soweit dieser geschäftsfähig ist; zur Frage der Erkundigungspflicht sogleich.

¹³⁵ BGE 110 II 278; direkt auf ZGB 2 Bezug nimmt Fribourg, Extraits 1970, p. 59; vgl. Gautschi 412 N 9g.

¹³⁶ Vgl. Fribourg, Extraits 1970, p. 56ss, 63: "n'a pas détrompé la demanderesse sur la nature de ses services".

¹³⁷ Fribourg, Extraits 1970, p. 63.

¹³⁸ Vgl. aber BGE 110 II 278.

"Erwerber", d.h. Geldschuldner ist. Auch die Unterscheidung zwischen Immobiliengeschäften, bei denen wegen der Möglichkeit, sich Sicherheiten geben zu lassen, kaum ein Risiko bestehe, und Mobiliengeschäften, wo dies nicht der Fall sein soll, überzeugt nicht 139.

Zweifel hinsichtlich der Solvenz des Interessenten werden primär beim Vermittlungs- oder Verhandlungsmäkler auftauchen, der zwangsläufig in engeren persönlichen Kontakt mit ihm treten muss. Ein grundsätzlicher Unterschied zum Nachweismäkler 140 besteht jedoch nicht. An den Berufsmäkler sind jedoch höhere Anforderungen zu stellen, was das Erkennen von Indizien für Zahlungsunfähigkeit betrifft. Allerdings darf auch er grundsätzlich auf die äussere Erscheinung abstellen. Es ist und bleibt Sache des allein abschlussverantwortlichen Auftraggebers, sich über die finanziellen Verhältnisse seines Vertragspartners zu informieren 141. Dagegen darf der Mäkler, der Zweifel hegt oder hegen müsste, sich der Mitteilungspflicht nicht mit dem Argument entziehen, die Insolvenz sei dermassen offensichtlich gewesen, dass er sich den Hinweis habe ersparen können. Es genügt auch nicht, wenn der Mäkler im Hinblick auf erkannte mögliche Schwierigkeiten Garantien in die von ihm entworfenen Verträge einzubauen versucht 142.

Nicht geklärt ist die Frage, ob der Mäkler verpflichtet sei, auch ohne entsprechenden Auftrag Erkundigungen über die Solvenz der vermittelten Interessenten einzuziehen. Lehre und Rechtsprechung

139 Fribourg, Extraits 1970, p. 59.

140 Vgl. ZR 80, 1981, S. 103ff.

141 Er trägt das volle Risiko der Erfüllungsbereitschaft und -fähigkeit des Dritten, vgl. ZR 80, 1981, S. 109; entsteht durch Verletzung der Mitteilungspflicht ein Schaden, ist der Schadenersatz u.U. wegen Selbstverschuldens des Auftraggebers zu reduzieren (OR 44, 99 III), vgl. Fribourg, Extraits 1970, p. 63s.

142 BGE 110 II 279.

sind gespalten. Für Erkundungspflicht sprechen sich offenbar das Bundesgericht ¹⁴³, das OLG München ¹⁴⁴ und ein Teil der deutschen Lehre ¹⁴⁵ aus; dagegen der deutsche BGH ¹⁴⁶ und die überwiegende deutsche und schweizerische Doktrin ¹⁴⁷.

Keine Grundlage für eine Erkundungspflicht kann jedenfalls in der Verkehrssitte gesehen werden ¹⁴⁸. Kernpunkt des Streits ist, ob sie sich aus der Treue- und Sorgfaltspflicht im Mäklervertragsverhältnis herleiten lasse. Dies ist m.E. im Normalfall ("im Zweifel") zu verneinen.

Der Auftraggeber ist Herr des Geschäfts und trägt als solcher grundsätzlich auch das Risiko. Der Mäkler soll nachweisen oder vermitteln; er gibt aber keine "Qualitätsgarantie". Muss er begründete Zweifel bezüglich der Solvenz des Interessenten haben, sind diese mitzuteilen. Muss er solche Zweifel nicht haben, ist schon Mitteilung nicht verlangt (und nicht möglich); umso weniger kann Erkundung verlangt werden.

Bei Bejahung einer solchen Pflicht entstünden unlösbare Abgrenzungsschwierigkeiten. Wie weit müsste der Mäkler im Einzelfall "tirer au clair les points qui le demandent" ¹⁴⁹? Auch die Pflicht, den Auftraggeber zu eigenen Erkundigungen zu veranlassen ¹⁵⁰ geht nicht weiter als die bereits bejahte Verpflichtung, ihm Zweifel über die Insolvenz mitzuteilen. Der Auftraggeber könnte, falls er sich entscheidet, auf Erkundigungen zu verzichten, nicht dem Mäkler vorwerfen, ihn nicht dazu gedrängt zu

¹⁴³ Nicht ganz klar, vgl. BGE 110 II 276ff, 278.

¹⁴⁴ Urteil v. 22.6.1956, bei Glaser/Warncke Nr. 214.

¹⁴⁵ Etwa Reich, §§ 652 - 654 N 9.

¹⁴⁶ Urteil vom 8.3.1956, in BB 1956, S. 733.

¹⁴⁷ So Schwerdtner, Kommentar §652 Rz 70; Dehner §652 Rdn 9; Gautschi, 412 N 9g; Oser/Schönenberger 412 N 21.

¹⁴⁸ Richtig Fribourg, Extraits 1970, p. 60.

¹⁴⁹ Fribourg, Extraits p. 58; Thilo p. 41f; ähnlich Oser/Schönenberger 412 N 21.

¹⁵⁰ Eine solche Pflicht nimmt aber BGE 110 II 279f an.

haben. Dies gilt verstärkt, wo kein Indiz gegen genügende Finanzkraft des Interessenten sprach ¹⁵¹.

Dass die Annahme einer Erkundigungspflicht gar nicht notwendig ist, um dem Grundsatz von Treu und Glauben im Einzelfall zum Durchbruch zu verhelfen, zeigt der zitierte Münchener Fall ¹⁵², wo es um den Nachweis zum Abschluss eines Mietvertrags über Räume ging, die erst noch gebaut werden sollten. Mit dem Hinweis auf die noch ungeklärten Eigentums- und Finanzierungsverhältnisse hätte der Mäkler seinen Treuepflichten durchaus genügt.

Erkundigungspflicht kann selbstverständlich vereinbart werden. Eine stillschweigende Vereinbarung ist etwa dann anzunehmen, wenn der Auftraggeber den Mäkler auf die Bedeutung der Zahlungsfähigkeit für ihn hinreichend hinweist, und dem Mäkler klar sein muss, dass von ihm Abklärungen erwartet werden ¹⁵³. Keine Abrede liegt m.E. im Verzicht des Auftraggebers auf absolute Abschlussfreiheit ¹⁵⁴, nur darf der Mäkler, falls die Recherchen des Auftraggebers ergeben, dass der nachgewiesene Dritte zahlungsunfähig ist, nicht auf Abschluss und Provisionszahlung bestehen.

Geht der Mäkler bei seinem Nachweis über blossе Adressenangabe hinaus, und liefert er ein umfassendes Exposé über den Interessenten ab, stellt sich die Frage, ob darin nicht eine Zusicherung liege, die, soweit falsch, eine Schadenersatzpflicht begründen könnte. Die Bezeichnung einer vermittelten AG als "gutfundiertes Unternehmen" wurde vom Zürcher Obergericht als blossе allgemeine Anpreisung aufgefasst ¹⁵⁵. Haftung für falsche

¹⁵¹ Deutlich ZR 80, 1981, Nr. 34 S. 103ff, 108.

¹⁵² Urteil v. 22.6.1956, bei Glaser/Warncke Nr. 214.

¹⁵³ Vgl. Fribourg, Extraits 1970, p. 62; von "mandat précis" konnte allerdings keine Rede sein; vgl. auch den klaren Fall BGH, Urteil v. 12.1.1972, bei Glaser/Warncke Nr. 226; Guggenbühl fordert streng eine klare und unzweideutige Abmachung, S. 242.

¹⁵⁴ Unklar Fribourg, Extraits 1970 p. 61; vgl. hinten S. 137ff.

¹⁵⁵ ZR 80, 1981, S. 108.

Auskunft konnte in casu schon mangels Kausalität verneint werden, da der Auftraggeber primär auf eigene Abklärungen abstellte. Als Grundlage einer Haftung kommt jedoch, mangels vertraglicher Erkundungsverpflichtung, nicht OR 398 (i.V.m. OR 412 II) in Betracht, sondern OR 420 (Haftung des auftragslosen Geschäftsführers) ¹⁵⁶. Die Haftung für leichte Fahrlässigkeit kann in AGB abbedungen werden ¹⁵⁷.

Abgelehnt wurde bereits oben die früher vertretene Auffassung, auch wo keine Garantie für die Zahlungsfähigkeit übernommen wurde, sei "selbstverständliche Voraussetzung des Provisionsversprechens...", dass der Vertrag, so wie er abgeschlossen wurde, erfüllt werden könne" ¹⁵⁸. Dies widerspricht OR 413 I.

¹⁵⁶ Mit der Konsequenz, dass Aufwendungsersatz gemäss OR 422, und nicht gemäss OR 413 III, also auch ohne Vereinbarung, zuzusprechen ist.

¹⁵⁷ Vgl. ZR 80, 1981, S. 108.

¹⁵⁸ So ZR 4, 1905, Nr. 39, S. 56; ZR 8, 1909, Nr. 177, S. 316; SemJud 1971 p. 511.

II. Parteiabreden

1. Allgemeines

Die Entstehung des Provisionsanspruchs ist doppelt bedingt ¹ und häufig schwer beweisbar. Das Gesetz bevorzugt generell den Auftraggeber. Die Rechtsprechung greift zum Teil zugunsten des Mäklers ein ². Der Makler ist darüber hinaus bestrebt, durch Abreden die Provisionsvoraussetzungen zu erleichtern oder ganz abzubedingen. Die Mehrzahl aller Mäklervertragsabreden zielt darauf ab, das Risiko des "Provisionsverlustes", bzw. der Nichtentstehung eines Entgeltanspruchs trotz auftragsgemässer Bemühungen zu vermindern. Provisionssicherungsklauseln im weitesten Sinn stellen den Normalfall dar ³.

Wie weit die Parteien im einzelnen gehen können, wird in den folgenden Abschnitten darzustellen sein. Zu betonen ist, dass sich in der Schweiz die Problematik der Abänderung der gesetzlichen Regelung vorwiegend auf der Ebene des Individualvertrags stellt. In krassem Gegensatz hierzu ist die Entwicklung in Deutschland verlaufen. Die Mehrzahl der Fälle beschäftigt die Gerichte im Rahmen der Inhaltskontrolle von Formularverträgen; das AGB-Gesetz setzt die praktischen Schranken auch im Mäklervertragsrecht ⁴. Da diese Perspektive zumindest langfristig auch für

¹ Zu den bei Hofstetter S. 125 und 132 erwähnten "aleatorischen Momenten" der Ungewissheit, ob der Makler einen Interessenten finde, und ob der Auftraggeber mit diesem den Hauptvertrag abschliesse, kommt zusätzlich noch das Problem des Nachweises eines gültigen Mäklervertrags.

² Vor allem durch Kausalitätsvermutungen, vgl. vorn S. 83, sowie durch den Grundsatz der wirtschaftlichen Gleichwertigkeit, vgl. vorn S. 96f.

³ A.A. offenbar Guggenbühl S. 287.

⁴ Dyckerhoff S. 47ff; nach Schwerdtner, Kommentar § 652 Rz 202 gehören Abschlussfreiheit, Kausalität und Erfolgsabhängigkeit zu den Strukturmerkmalen des Mäklervertrags i.S. des § 652 und sind nur durch Individualabrede abbedingbar; vgl. vorn S. 42.

die Schweiz von Interesse ist, darf die deutsche Rechtsprechung weiter mit in Betracht gezogen werden.

OR 413 I ist weitgehend ⁵ dispositiver Natur. Ausdrückliche Parteiabreden bieten vor allem Auslegungsprobleme. Hier ist die Praxis darzustellen und auf mögliche Ausgestaltungen hinzuweisen. Bei nicht ausdrücklichen Vereinbarungen stellt sich vorab die grundsätzliche Frage, welchen Anforderungen sie zu genügen haben, um das Gesetzesrecht zurückzudrängen ⁶. Dies hängt von der ratio legis ab ⁷. Im allgemeinen soll Ausschluss auch einer dispositiven Norm dann nur durch ausdrückliche Abrede zulässig sein, wenn sie, nach der Meinung des Gesetzgebers, die (einzig) gerechte, inhaltlich unbedingt angemessene Ordnung darstellt. Von Parteien, die nicht klar das Gegenteil äussern, wird angenommen, sie gingen mit dem Gesetz einig. Auch ohne ausdrückliche Vereinbarung wegbedingbar sind - weitgehend wertneutrale - Normen, die lediglich eine Ordnung in der Vermutung statuieren, sie entspreche am besten den Verkehrsanschauungen und dem mutmasslichen Parteiwillen. Dies gilt verstärkt, wenn den Parteien der Nachweis gelingt, ihren Vorstellungen und ihrer Interessenlage entspreche eine andere Regel ⁸.

⁵ Ausnahme: Tätigkeitspflicht ist nicht verzichtbar, vgl. S. 66.

⁶ Bucher, FG Deschenaux S. 253f, unterscheidet Vertragsinhalte im weiteren ("was die Parteien für ihre rechtlichen Beziehungen als feststehend angenommen" haben) und im weitesten Sinne (sämtliche Umstände, die zwar für den Richter von Bedeutung sind, über die die Parteien aber keine Vorstellungen haben); hier interessiert nur die erste Kategorie, wo zu unterscheiden ist zwischen subjektiven Elementen wie Erwartungen und Vorstellungen der Parteien, und objektiven (Ortsgebräuche, Uebungen), die deshalb verbindlich sind, weil den Parteien bekannt.

⁷ Vgl. Bucher, FG Deschenaux S. 256.

⁸ Bucher, FG Deschenaux S. 260; auch blosse Vertragsumstände erlaubten Ausschluss der Norm, insbesondere, wo eine gesetzliche Annahme den Verhältnissen nicht gerecht werde und häufig unrealistisch sei, vgl. S. 264.

Die schweizerische Rechtsprechung schenkt dem Problem im Zusammenhang mit OR 413 I nur wenig Beachtung ⁹. Zur ratio legis wird allenfalls indirekt Stellung genommen, v.a. durch Beizug der allgemeinen "Regel", "Ausnahmen" seien restriktiv auszulegen ¹⁰. Die Zurückhaltung ist ein Stück weit verständlich: OR 413 I ist nur schwer als Norm mit materialem Ordnungsgehalt oder als wertneutral einzuordnen. Der Gesetzgeber ging primär davon aus, die Bestimmung entspreche mehrheitlich dem präsumierten Parteiwillen ¹¹. Ein spezifischer Gerechtigkeitsgehalt wurde nie behauptet und ist m.E. auch nicht auszumachen ¹². Der Makler sollte grundsätzlich dann, und nur dann, Provision verdient haben, wenn er sämtliche Provisionsvoraussetzungen erfüllt und nachgewiesen hat. Man liess anderseits dem Parteiwillen im Blick auf die Vielgestaltigkeit der Praxis bewusst viel Spielraum ¹³. Mangels ausdrücklicher anderweitiger Gestaltung ist daher nicht der Lösung des OR 413 I in jedem Fall Vorrang zu geben. Die Parteien sind zum Beweis über die Interessenlage, ihre Vorstellungen, oder über Gebräuche in ihren Kreisen ¹⁴ zuzulassen, insbesondere, wenn das gesetzliche "Grundkonzept" so verändert

⁹ Auch die deutsche Rechtsprechung habe sich der "mühseligen Differenzierung" zwischen Normen mit Gerechtigkeitsgehalt und solchen mit reinem Zweckmässigkeitscharakter nie unterzogen, Schwerdtner, Kommentar vor §652 Rz 10.

¹⁰ Bei Guggenbühl S. 98, 289; vor allem bei sog. Provisionsgarantien, SemJud 1965 p. 528ss; hinten S. 131ff; vgl. auch das von Bucher, FG Deschenaux S. 266, aufgezeigte Gegenbeispiel: bei OR 185 wird die Ausnahme ausdehnend interpretiert.

¹¹ Vgl. aus den Materialien zum BGB Mugdan S. 285ff.

¹² Gegenteilig die deutsche Rechtsprechung im Zuge der AGB-Inhaltskontrolle, vgl. Schwerdtner, Kommentar, vor §652 Rz 10.

¹³ Vgl. bei Jakobs/Schubert, S. 2 (Protokoll der 1. Kommission, I, S. 2378).

¹⁴ Wird kaum praktisch, da das Verbandswesen relativ schwach und zersplittert ist.

wurde, dass die ergänzenden Dispositivnormen nur noch zufällig den wahrscheinlichen Parteiwillen treffen ¹⁵.

Dagegen ginge es zu weit, die Norm bereits dann zurückdrängen, wenn deren Lösung - in den Augen des Richters - den faktischen Verhältnissen nicht entspricht.

2. Abreden in Bezug auf die Tätigkeit des Maklers

2.1. Bedeutung

Auf die Unverzichtbarkeit einer Maklertätigkeit überhaupt wurde bereits hingewiesen. Provision kann nicht versprochen werden, "ob der Makler sich um den Abschluss eines solchen bemüht haben werde oder nicht (reine Erfolgsprovision)" ¹⁶. Die Unterscheidung zwischen Absprachen dieser Art und Fällen, wo Provision Tätigkeit voraussetzt, diese aber insofern erfolglos sein dürfe, als der Abschluss des Hauptvertrags nicht darauf zurückzuführen sein muss ¹⁷, überzeugt nicht. Dies mag erklären, dass die Bezeichnung "reine Erfolgsprovision" in der jüngeren Lehre und Rechtsprechung durchwegs für den Tatbestand der Abbedingung des Kausalitätserfordernisses verwendet wird ¹⁸. Der Begriff sollte besser ganz fallengelassen werden. Entgeltversprechen einzig aufgrund des Zustandekommens eines Drittvertrags ist Schenkung.

¹⁵ Bsp.: Fribourg, Extraits 1970, p. 56ss: ergibt sich aus dem Verzicht auf Abschlussfreiheit implizite, dass Erfüllung Provisionsvoraussetzung wird? Ausgeklammert bleibt hier das Konsensproblem; die bloße Behauptung des Klägers (in der Regel des Maklers), nach seiner Vorstellung sei durch eine Vertragsklausel eine oder mehrere Provisionsvoraussetzungen wegbedungen worden, genügt natürlich nicht.

¹⁶ Reichel S. 225.

¹⁷ Vgl. Reichel S. 223.

¹⁸ Vgl. dazu hinten S. 132ff, 134; der Terminus wird in Deutschland nicht verwendet.

Der Mäkler ist, vorbehältlich anderer Abrede, nicht zum Tätigwerden verpflichtet¹⁹; Tätigkeit ist aber Provisionsvoraussetzung. Ausdrückliche Abreden werden kaum verwendet²⁰. Umstritten ist, inwieweit Pflicht zum Tätigwerden schon aus Treu und Glauben (Mäklertreue) hergeleitet werden kann²¹. Indirekte Tätigkeitsverpflichtung wird bei Exklusivmäklerverträgen angenommen²². Offengelassen wurde, ob dies auch dann anzunehmen ist, wenn sich der Auftraggeber zum Abschluss mit jedem beigebrachten Interessenten, der grundsätzlich abschlussstauglich und -willig ist, verpflichtet hat²³.

Hinzuweisen bleibt auf die Bedeutung der Mäklertätigkeit als Bemessungsgrundlage des Entgelts bei Abrede von Aufwendungsersatz²⁴. Für die Höhe der Erfolgsprovision bleibt sie grundsätzlich ausser Betracht, auch, wenn sog. "erfolgsunabhängige Provision" versprochen wird²⁵. Der unklare Begriff ist allerdings irreführend. Entgelt in der Höhe der vollen Erfolgsprovision auch bei Nichtzustandekommen des Hauptvertrags wird von der Rechtsprechung nicht anerkannt²⁶. Die Höhe solcher "Provisionen" dürfe nur einen Bruchteil der Erfolgsprovision betragen; sie orientiert sich praktisch am zulässigen Aufwendungsersatz.

¹⁹ Vgl. vorn S. 22; Tätigkeit ist aber Provisionsvoraussetzung, vgl. S. 65ff.

²⁰ Vgl. immerhin BGH, Urt. v. 23.2.1980, in NJW 1981, S. 277.

²¹ Erkundigungspflicht wurde vorn, S. 119f, abgelehnt.

²² Vgl. hinten S. 189, 190ff.

²³ Vgl. Fribourg, Extraits 1970 p. 56ss; zur Abschlussverpflichtung hinten S. 137ff.

²⁴ Vgl. dazu vorn S. 56.

²⁵ Vgl. hinten zu OR 417, S. 256; zu den Formen solcher Versprechen, vgl. hinten S. 137ff.

²⁶ Vgl. auch vorn S. 56; Reichel spricht von "Bemühungsprovision", S. 224.

2.2. Vorkenntnisklausel

2.2.1. Problem

Beim Nachweismäklervertrag ist Provisionsvoraussetzung, dass dem Auftraggeber die vom Mäkler nachgewiesene Gelegenheit nicht bereits bekannt ist. Bei fehlender Erstmaligkeit liegt kein Nachweis im Rechtssinn vor. Der Informationsstand des Auftraggebers ändert sich nicht. Da sich die Tätigkeit des Mäklers im Nachweis erschöpft, ist gleichzeitig (auch nur Mit-) Ursächlichkeit von vornherein unmöglich ²⁷.

Ein Beispiel soll das Problem verdeutlichen ²⁸: Ein Fachmakler für Forst- und Landwirtschaft weist mittels ausführlicher Unterlagen und unter Hinweis auf die Zwangsversteigerung dem Auftraggeber ein Forstrevier nach. Dieser erhebt im Prozess die Einrede, von einem Nachweis könne gar nicht gesprochen werden, da er diese Gelegenheit selbst seit einiger Zeit gekannt habe. Er habe das in Frage stehende Revier schon vor 4 Jahren angeschaut, und auch davon gewusst, dass eine Zwangsversteigerung ins Auge gefasst war. Der BGH sah den Beweis der Vorkenntnis, im Gegensatz zur Vorinstanz, als nicht erbracht an.

Der Nachweis kausaler Tätigkeit obliegt dem Mäkler. Kommt der Hauptvertrag mit dem nachgewiesenen Interessenten zustande, wird Kausalität vermutet ²⁹. Diese Vermutung kann nur zerstört werden, indem der Auftraggeber den Beweis antritt, dass die Vermutungsbasis, der Nachweis i.S.v. OR 413 I, infolge Vorkenntnis in Wirklichkeit nicht vorliegt ³⁰. Bei offenem, d.h. bezüglich der Art

²⁷ Vgl. vorn S. 82f; im deutschen Recht wird Vorkenntnis primär als Problem der Kausalität betrachtet; vgl. Glaser/Warncke Nr. 353ff; Soergel-Mormann § 652 N 4; Reich, §§ 652-54 N 27, verwechselt das Problem der Vorkenntnis mit der Frage, ob der Auftraggeber Kenntnis von der Mäklertätigkeit haben müsse; dazu vorn S. 77ff.

²⁸ BGH, Urteil v. 20.4.1983, in NJW 1983, S. 1849f.

²⁹ Vgl. vorn S. 83.

³⁰ Anspruchsverhinderndes Element.

der Mäklertätigkeit nicht festgelegtem Vertrag, kann der Mäkler den (schwierigen) Beweis erbringen, dass das Angebot trotzdem mitursächlich war ³¹.

Werden nur geringe Anforderungen an den Beweis der Vorkenntnis gestellt, kann der Mäkler ein Interesse daran haben, durch Abrede diesen Beweis zu erschweren oder auszuschliessen. Eine solche sogenannte Vorkenntnisklausel lautet etwa wie folgt: "Eine von dem Makler mitgeteilte Gelegenheit zum Vertragsschluss gilt als unbekannt, wenn nicht etwas anderes binnen 5 Tagen mit Quellenangabe mitgeteilt und auf Verlangen nachgewiesen wird" ³²; oder: "Sämtliche während dieser Alleinauftragszeit sich bei mir oder dem Objekt meldenden bzw. vorsprechenden Interessenten erkenne ich als durch Sie nachgewiesen an.." ³³.

In der Schweiz hat die Vorkenntnisklausel, im Gegensatz zu Deutschland ³⁴, nur geringe Verbreitung gefunden ³⁵. Dennoch muss die Frage nach Sinn und Zweck, Zulässigkeit, aber auch Opportunität einer solchen Abrede gestellt werden.

2.2.2. Sinn und Zweck

Nach schweizerischer Auffassung ist einerseits davon auszugehen, der Auftraggeber habe schon nach Treu und Glauben den Mäkler unverzüglich über eine allfällige Vorkenntnis ins Bild zu setzen

³¹ Vgl. BGH, Urteil v. 10.2.1971, in NJW 1971, S. 1133.

³² Vgl. BGH in NJW 1971, S. 1135 ; auch NJW 1977, S. 624.

³³ Vgl. OLG Köln, OLGZ 1971, S. 141; vgl. auch das Muster 31e bei Wurm-Wagner S. 369.

³⁴ Vgl. Rechtsprechung bei Glaser/Warncke Nr. 353 - 365, S. 382ff; Soergel-Mormann § 652 Rz 4; Wegener/Sailer S. 72; Dyckerhoff S. 58; Schwerdtner S. 112ff.

³⁵ Vgl. BGE 90 II 92ff, 106; ZR 46, 1947, Nr. 1, S. 2; ZR 45, 1946, Nr. 140, S. 245.

(Informationspflicht) 36. Andererseits werden an den Beweis der Vorkenntnis durch den Auftraggeber strenge Anforderungen gestellt. Insbesondere sei auch Kenntnis der Abschlussgeneigtheit und Abschlusstauglichkeit des betreffenden Interessenten nachzuweisen 37.

Unbestritten ist, dass der Auftraggeber dem Mäkler unnötigen Aufwand zu ersparen und etwa Aufgabe des Abschlusswillens ohne Verzug mitzuteilen hat. Ein Schaden infolge pflichtwidriger Nichtmitteilung wird aber i.d.R. nicht nachweisbar sein. Auch bei Unterlassung der Mitteilung der Vorkenntnis entsteht kein vermeidbarer Schaden 38. Der Mäkler muss die Suche nach geeigneten Interessenten ohnehin fortsetzen, will er seine Erfolgchancen wahren. Eine Mitteilungspflicht bezüglich der Vorkenntnis (aus Treu und Glauben) anzunehmen, ist überflüssig und bei einer Vielzahl von Nachweisen auch unzumutbar. Der Auftraggeber ist ohnehin verpflichtet, den Mäkler unverzüglich über den Abschluss des Hauptvertrages zu informieren 39. Ebenso ist eine gesetzliche Mitteilungsobliegenheit, deren Verletzung Einrededausschluss nach sich zöge, abzulehnen 40.

Bezüglich der Beweisanforderungen ist festzuhalten, dass es bei der Frage der Vorkenntnis einzig um die Erstmaligkeit, nicht aber um die Qualität des Nachweises in Bezug auf den Nachgewiesenen gehen kann 41. Entscheidend ist, ob der Auftraggeber erst

36 Vgl. Guggenbühl S. 257; anders die deutsche Lehre, die z.T. Auftraggeberpflichten überhaupt verneint, vgl. Reich, BGB §§ 652-654 N 7; NJW 1971, S. 1135 (Obliegenheit).

37 Guggenbühl S. 257; vgl. aber vorn S. 82.

38 Es sei denn, dem Mäkler entstünden Ausgaben durch Abklärungen über einen dem Auftraggeber bereits bekannten Dritten, mit dem abzuschliessen dieser bereits entschlossen ist.

39 Vgl. Oser/Schönenberger 412 N 30; Krüger-Doyé S. 68.

40 A.A. Guggenbühl S. 257; wie hier BGH, NJW 1971, S. 1135.

41 Nur in diesem Sinn darf hier Abschlussgeneigtheit und -tauglichkeit verstanden werden.

aufgrund des Hinweises des Mäklers einem Dritten als potentiellen Vertragspartner erkannte. Vorkenntnis liegt daher noch nicht vor bei blosser Kenntnis der Person oder des Namens, sondern erst bei Kenntnis der Gelegenheit zum Abschluss mit dieser Person. Dies nachzuweisen, kann schwierig sein, ist aber weder unmöglich noch unzumutbar. Der zu beweisende Sachverhalt liegt völlig in der Sphäre des Auftraggebers selbst. Zu Beweiserleichterungen besteht kein Anlass. Der Einwand der Vorkenntnis soll nicht dazu ausgenutzt werden, berechnete Provisionsforderungen zu unterlaufen ⁴².

Dagegen ist umstritten, ob der Auftraggeber dem Mäkler die vorzeitige Mitteilung des Vertragsobjekts vorhalten darf, um damit das Zustandekommen eines Mäklervertrags zu bestreiten. In dem vom Bundesgericht beurteilten Fall ⁴³ war unbestritten, dass das fragliche Grundstück durch den Mäkler am 15.6.1961 nachgewiesen wurde, nicht dagegen, ob zu diesem Zeitpunkt überhaupt ein Mäklervertrag bestand. Die Argumentation des Auftraggebers, nach dem Nachweis sei der Abschluss eines Nachweismäklervertrags "begrifflich nicht mehr möglich gewesen, weil ihm die Kaufgelegenheit seit jenem Tag bekannt gewesen sei", ist ernstzunehmen. Provisionspflichtiger erstmaliger Nachweis setzt das Bestehen eines Mäklervertrags voraus. Die Entgegennahme und Benutzung der Information ist nicht ohne weiteres einem stillschweigenden Akzept des Mäklervertragsangebots gleichzusetzen ⁴⁴.

⁴² Streng auch der BGH, vgl. Urteil v. 20.4.1983, in NJW 1983, S. 1849; anders OLG Köln, NJW 1966, S. 1412: es genüge, "wenn der Auftraggeber eine Anzeige des Dritten in der Zeitung gelesen oder sich der Dritte bereits auf eine Chiffre (Anzeige) des Auftraggeber gemeldet hat, selbst wenn der Auftraggeber das Schreiben erst später liest".

⁴³ BGE 90 II 92ff, 106.

⁴⁴ Vgl. Schwerdtner, Kommentar §652 Rz 30, 31; vorn S. 36ff, 38.

2.2.3. Zulässigkeit

Abreden, die den Nachweis der Vorkenntnis weiter erschweren, sind nicht nur überflüssig, sondern wohl auch unzulässig ⁴⁵. Zulässig wäre dagegen die Statuierung einer Informationsverpflichtung, die jedoch mittels Konventionalstrafe abgesichert werden müsste, um wirkungsvoll zu sein. Diesbezügliche Abreden zielen jedoch regelmässig nicht darauf ab, den Nachweis auszuschliessen, sondern dem Mäkler bei Nichtmitteilung Provision zuzusprechen ⁴⁶. Darin liegt die Anerkennung einer an sich ungenügenden Tätigkeit ⁴⁷ als Nachweis i.S. des Gesetzes. Zufolge der dispositiven Natur des OR 413 I ist eine solche Abrede gültig, da nicht auf jede Tätigkeit überhaupt verzichtet wird ⁴⁸. Bei Verwendung in AGB dürfte sie allerdings vor der Ungewöhnlichkeitsregel nicht standhalten ⁴⁹.

Die Vorkenntnisklausel bringt den Auftraggeber um einen anerkenntswerten und relativ schwer zu beweisenden Einwand, mit dem der Mäkler zwar rechnen muss, der aber nur ein begrenztes Risiko darstellt. Die Praxis verzichtet zu recht weitgehend auf solche Abreden. Der blosser Vorschlag liesse zweifeln, ob der Mäkler ein vertrauenswürdiger und fairer Vertragspartner sei.

⁴⁵ Vgl. Kummer, ZGB 8, N 371: prozessual unzulässiger Beweisführungsvertrag.

⁴⁶ ZR 46, 1947, S. 2: "...mir sofort zu berichten, falls Sie mit meinem Klienten bereits direkt oder durch andere Vermittlung in Verhandlungen stehen..., da sonst bei Zustandekommen eines Abschlusses.. Provision fällig wird".

⁴⁷ Vgl. ZR 45, 1946, S. 245.

⁴⁸ Vgl. auch OLG Köln, MDR 1970, S. 844.

⁴⁹ Vgl. BGH, Urteil v. 10.1.1971, in NJW 1972, S. 1133: nur als Individualabrede zulässig.

3. Abreden in Bezug auf das Erfordernis der Kausalität

3.1. "Ausdehnung" der Kausalität: punktueller Verzicht

Unter Kausalität ist im Maklerrecht der Motivationszusammenhang zwischen den Bemühungen des Maklers einerseits und dem Entschluss des Dritten zum Abschluss mit dem Auftraggeber andererseits zu verstehen. Der Nachweis scheitert selten an fehlender Tätigkeit; die Voraussetzungen diesbezüglich sind minim⁵⁰. Das Problem liegt auf der Seite des "Erfolgs": bei Abschluss über ein nicht nachgewiesenes Objekt, in anderer rechtlicher Form oder mit einem Vierten fehlt grundsätzlich schon die Kausalität. Die Möglichkeiten zur treuwidrigen Vermeidung der Provisionszahlungspflicht werden von der Rechtsprechung z.T. beschnitten. Die Formel der wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist jedoch wenig bestimmt. Klare Verhältnisse sind nur mittels entsprechender Abreden erreichbar. Beispiel: "Kommt mit einem nachgewiesenen Interessenten ein anderer als der vorgesehene Vertrag oder ein Vertrag über ein anderes dem Auftraggeber gehörendes Objekt zustande, gilt hierfür ein Maklervertrag als stillschweigend vereinbart und die Maklertätigkeit insoweit als mitursächlich für den Vertragsschluss anerkannt"⁵¹. Hierher gehören auch Klauseln, in denen Kausalität zum vornherein anerkannt wird, falls das nachgewiesene Objekt durch Zwangsversteigerung erworben wird⁵², falls ein anderer Hauptvertrag zustande kommt⁵³, oder auch für weitere (Folge-) Geschäfte mit dem nachgewiesenen Interessenten⁵⁴. Ursächlichkeit

⁵⁰ Vgl. vorn S. 65, 68ff.

⁵¹ Wegener/Sailer S. 229.

⁵² Wegener/Sailer S. 231; vgl. aber auch LG Aurich, in BB 1978, S. 733: "Auch eine Verschleierung des Kausalitätserfordernisses, etwa durch Unbestimmtheit der Maklerleistung, ist nicht statthaft".

⁵³ Dyckerhoff S. 60, 61: Mietvertragsabschluss, bei nachträglichem Verkauf (wieder) Provision geschuldet.

⁵⁴ Dyckerhoff S. 63.

werde unwiderlegbar vermutet durch sog. "Kundenschutzklauseln", die den Auftraggeber verpflichten, den (Handels-)Mäkler bei weiteren Geschäften mit von ihm vermittelten Kunden beizuziehen⁵⁵. Zur (älteren) Praxis bezüglich Zusage einer Provision auch bei sog. indirekter Vermittlung, d.h. bei Einflussnahme des Mäklers auf den abschliessenden Vierten über einen direkt bearbeiteten Dritten, sei auf die Ausführungen Guggenbühls⁵⁶ verwiesen. Keine gesicherte Praxis scheint zur Frage zu bestehen, ob Klauseln dieser Art auch in Formularverträgen zulässig seien⁵⁷.

3.2. Verzicht auf jeden Kausalitätsnachweis

Die Zulässigkeit eines völligen Verzichts auf die Provisionsvoraussetzung des Kausalitätsnachweises steht ausser Zweifel; OR 413 ist dispositiv⁵⁸. Ausdrücklicher Verzicht kommt allerdings praktisch nicht vor. Konkludenter Verzicht ist dagegen relativ häufig, so etwa das Versprechen einer Provision auch für den Fall, dass zwar der angestrebte Hauptvertrag zustandekommt, dies jedoch nicht auf die Vermittlung des Mäklers zurückzuführen ist, sondern der Auftraggeber ohne dessen Mitwirkung oder mit Hilfe anderer Vermittler abschloss⁵⁹. Ohne sich bezüglich der Rechtsnatur der in Frage stehenden Klausel festzulegen, bejahte das Bundesgericht

⁵⁵ Zeidler, § 93 Rz 10; § 99 Rz 8; die Bedeutung des "Kundenschutzes" im Zivilrecht ist unklar, vgl. Dyckerhoff S. 63; Dehner, vor §652 Rdn 2.

⁵⁶ S. 278ff; insbesondere zu ZR 48, 1949, S. 258; unklar die Abrede im unveröffentlichten BGE v. 3.7.1973: Provision bei Verkauf an Y "ebenso" wie bei Verkauf an X.

⁵⁷ Ablehnend Dyckerhoff S. 56, 60; bejahend OLG München, Urteil v.10. 7. 1973, bei Wegener/Sailer S. 76.

⁵⁸ Vgl. etwa BJM 1985, S. 194.

⁵⁹ BGE 34 II 651ff, 652; vgl. Thurgau, RechB OGer 1972, S. 66f, Urteil v.13.1.1972; ZR 45, 1946, Nr. 140, S. 244ff, 245f, 250; ZR 42, 1943, Nr. 49, S. 165ff, 166: "durch irgendwessen Tätigkeit"; ZBJV 62, 1926, S. 27; vgl. von Büren S. 217; Becker 413 N 12 zur Provision "auf alle Fälle".

die Zulässigkeit einer solchen "reinen Erfolgsprovision" 60, wobei es insbesondere betonte, es handle sich um ein echtes Provisionsversprechen, nicht bloss um die Zusage von Aufwendersatz 61, jedenfalls dann, wenn jegliche Indizien für einen gegenteiligen Parteiwillen fehlten. Die Grenze einer solchen Abrede liege allerdings darin, dass das jederzeitige Widerrufsrecht nicht beeinträchtigt werden dürfe 62; dass das Widerrufsrecht durch diese Klausel unberührt bleibt, bedarf jedoch m.E. keiner Begründung 63.

Schwierig zu beantworten ist hingegen die Frage, ob die Wirkung des Verzichts auf Kausalitätsnachweis über die Beendigung des Mäklervertrags hinausgehe. Das Bundesgericht nimmt ohne weitere Begründung eine stillschweigende Abrede des Inhalts an, dass der Hauptvertrag innerhalb der Geltungsdauer des Mäklervertrags abgeschlossen werden müsste 64. Gleich offenbar das Zürcher Obergericht, welches jedoch den Sinn des Kausalitätsverzichts verkennt, wenn es Provision allenfalls dann zusprechen will, wenn der Mäkler schon vor dem Widerruf für den Abschluss mit dem späteren Käufer tätig gewesen wäre 65. Richtig ist, dass die Anspruchsgrundlage für die Geltendmachung des Provisionsanspruchs während des Bestehens des Mäklervertrags geschaffen werden muss. Es ist aber unbestritten, dass im allgemeinen der Zeitpunkt des Ab-

60 Vgl. vorn S. 125; sie gilt als Unterart der "Provisionsgarantie" im weiteren Sinn, vgl. Guggenbühl S. 289ff; Pfenninger S. 337.

61 BGE v. 16.11.1971, in SemJud 1973 p. 298ss, 302s; Reichel S. 223 sieht darin nur eine "bescheidene Abwandlung" des Mäklervertrags; a.A. Gautschi 412 N 3c: haltbar nur als auftragsrechtliche Vergütungsvereinbarung, die erheblich unter dem Satz der Erfolgsprovision liegen müsse.

62 SemJud 1973, p. 302.

63 Vgl. TG, RechB OGer 1972 S. 66f; ZR 42, 1943, S. 166.

64 SemJud 1973 p. 303.

65 ZR 42, 1943, S. 166.

schlusses des Hauptvertrags keine Rolle spielt; er kann insbesondere auch nach dem Widerruf liegen ⁶⁶. Bei Abrede des Kausalitätsverzichts muss konsequenterweise jede, auch nicht kausale, Tätigkeit, die vor Ende des Mäklervertrags lag, zur Begründung des Provisionsanspruchs genügen. Dieser kann, bei späterem Zustandekommen des Hauptvertrags, auf jeden Fall nur anhand des - nicht mehr gültigen - Mäklervertrags, so wie er früher bestand, d.h. mit sämtlichen Abreden, beurteilt werden. Geltung des Kausalitätsverzichts nur, soweit der "Erfolg" in die Zeit des Mäklervertrags fällt, müsste - entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung - vereinbart werden ⁶⁷.

Fragen könnte man sich allenfalls, ob diese Klausel nicht gegen die guten Sitten verstosse, soweit sie ermöglicht, bei jedem späteren Verkauf, auch in fernster Zukunft, Provision zu verlangen. Eine zeitliche Grenze wäre dort zu setzen, wo auch bei zwecktauglicher Tätigkeit Kausalität infolge Zeitablaufs verneint werden muss ⁶⁸. Der Widerruf allein macht die vereinbarte Klausel nicht inexistent ⁶⁹. Hervorzuheben ist, dass vertragsgemässe und grundsätzlich erfolgstaugliche Tätigkeit Voraussetzung bleibt ⁷⁰, die allerdings leicht zu erfüllen ist ⁷¹. Da die Provision erfolgsbedingt bleibt, ist hinsichtlich der Höhe (Herabsetzung nach OR 417?) weder auf das Ausmass der Bemühungen noch dasjenige der - eben wegbedungenen - (Mit-) Ursächlichkeit abzustellen ⁷².

⁶⁶ Vgl. vorn S. 99.

⁶⁷ Aehnlich für den deutschen Alleinauftrag Krüger-Doyé S. 67.

⁶⁸ Vgl. vorn S. 88.

⁶⁹ Aehnlich von Büren S. 217; vgl. aber Hofstetter S. 132, sowie hinten S. 162ff.

⁷⁰ Reichel S. 223; zur allerdings beschränkten Bedeutung dieses Kriteriums vgl. vorn S. 66ff.

⁷¹ Guggenbühl S. 290.

⁷² Vgl. aber die von Guggenbühl, S. 292, zu recht kritisierte ältere Rechtsprechung, welche die - unhaltbare - bundesgerichtliche Praxis zu den Fällen, wo mehrere Mäkler beteiligt sind, übernahm; vgl. hinten S. 242.

Die Praxis ist im übrigen zurückhaltend mit der Annahme, es sei stillschweigend auf das Erfordernis der Kausalität verzichtet worden. So genügt etwa die Klausel "fest an die Hand gegeben" nicht ⁷³. Eine Wegbedingung liege auch nicht im Provisionsverprechen für den Fall, dass der Auftraggeber mit einem auf der Liste des Mäklers aufgeführten Interessenten abschliesse ⁷⁴. Auf die Frage, ob ein Verzicht implizit in Exklusivabreden enthalten sei, ist dort im Zusammenhang einzugehen ⁷⁵.

Von Bundesrechts wegen besteht (theoretisch ⁷⁶) kein Hindernis, auch ohne (wegbedingenen) Nachweis der Kausalität volle Provision zuzusprechen. Die Höhe der Provision kann frei vereinbart werden (OR 414). Kantonale Normen, die im Ergebnis dagegen verstossen, müssen dispositiver Natur sein. Nur in diesem Sinn haltbar ist daher Art. 16 III des Walliser Ausführungsreglements zum Vermittlergesetz ⁷⁷: "Kommt das Geschäft ohne Hinweis oder Vermittlung des Mäklers zustande, so hat dieser nur Anspruch auf Vergütung seiner Spesen und Auslagen".

⁷³ Vorsichtig auch Reichel S. 223.

⁷⁴ BJM 1985, S. 194; allerdings kann daraus, dass "Erfolgsprovision" vereinbart war, auch nicht auf das Gegenteil geschlossen werden.

⁷⁵ Vgl. hinten S. 183ff ; BGE 100 II 367; 97 II 355, 357; unveröffentlichter BGE v. 23.5.1978; Fribourg, Extraits 1977 p. 29ss.

⁷⁶ Vgl. aber die Rechtsprechung zu OR 417, hinten S. 241ff.

⁷⁷ Ausführungsreglement vom 24.5.1972 zum Gesetz über die Vermittler vom 23.6.1971; Marginale: "Geschäftsübung".

4. Abreden in Bezug auf das Erfolgserfordernis

4.1. "Abschlussverpflichtung"

Die direkteste und beste Entgeltsicherung für den Makler läge im verbindlichen Versprechen des Auftraggebers, den Hauptvertrag, allenfalls unter bestimmten Voraussetzungen, tatsächlich, und mit einem vom Makler zugeführten Dritten, abzuschliessen. Einklagbare Verpflichtungen dieser Art kommen jedoch in der Praxis nicht vor, obwohl ihre Zulässigkeit im Schweizer Recht zu bejahen wäre ⁷⁸. Auch bei missverständlicher Formulierung wird der Parteiwille regelmässig "nur" dahin gehen, dem Makler Entgelt auch ohne Zustandekommen des Hauptvertrags zuzusichern ⁷⁹, nicht aber, ihm einen klagbaren Anspruch gegen den Auftraggeber auf Abschluss des Hauptvertrags einzuräumen. Man könnte sich fragen, ob eine verbindliche Zusage zum Abschluss des Hauptvertrags als "Vorvertrag" den entsprechenden Formvorschriften des Hauptvertrags genügen müsste ⁸⁰. Da Abschlussfreiheit jedoch grundsätzlich verzichtbar ist ⁸¹, läge darin m.E. eine blosser Modifikation des (formfreien) Maklervertrags, die von diesem nicht losgelöst zu werden braucht.

Nicht selten ist dagegen die Abrede, eine (häufig reduzierte) Provision (plus eventuell Auslagenersatz) sei dann geschuldet, wenn der Auftraggeber "zu einem Verkauf nicht mehr Hand bietet" ⁸², oder "refusait, sans de justes motifs, de stipuler ou

⁷⁸ Zufolge des nicht berührten Widerrufsrechts auch nicht ZGB 27.

⁷⁹ Vgl. Krüger-Doyé, S. 134; a.A. Dyckerhoff S. 57ff: "Früher dahin umgedeutet, dass der Makler eine vom Erfolg unabhängige Provision beanspruchen konnte; das gilt heute nicht mehr"; zur Rechtsnatur des Entgelts sogleich hinten.

⁸⁰ Von Tuhr/Siegwart/Peter S. 274; es spielt keine Rolle, dass die Parteien des Hauptvertrags und Vorvertrags nicht identisch sind.

⁸¹ Anders im deutschen Recht, wo Abschlussfreiheit als unverzichtbar gilt, vgl. vorn, S. 122, 93, 28.

⁸² Appenzell AR, RechB 1958/59, S. 28.

d'exécuter le contrat" ⁸³. Solche Klauseln werden vereinbart, nachdem der potentielle Hauptvertragspartner bzw. das Objekt eines Hauptvertrags bekannt sind, und nachdem der Auftraggeber Interesse an einem Abschluss gezeigt hat. Davon zu unterscheiden ist die (seltene) Provisionszusage bereits für den Fall, dass der Makler "einen Interessenten nachweist, der bereit ist, zu den vom Auftraggeber festgelegten Bedingungen abzuschliessen" ⁸⁴. Die Zulässigkeit einer solchen Abrede scheint nicht umstritten zu sein ⁸⁵, obwohl sich der Auftraggeber völlig in die Hände des Maklers begibt, und jedermann sowie jedes Objekt, das vertragskonform ist, akzeptieren oder die Provision "umsonst" zahlen muss. Auf jeden Fall wäre hier von erhöhten Makler-Treuepflichten auszugehen. Der Nachweismakler muss eine Auswahl von geeigneten Interessenten beibringen, und darf sich nicht mit dem Nachweis bloss einer Adresse begnügen. Vom Vermittlungsmakler sind besonders intensive Bemühungen im Interesse des Auftraggebers zu verlangen.

Wird der Abschluss des Hauptvertrags entgegen der Abrede im Maklervertrag verweigert, liegt darin nicht ohne weiteres ein Auftrags-, d.h. Maklervertragswiderruf ⁸⁶. Abschlussverzicht entzieht dem Makler lediglich die Chance, aus einem bestimmten Geschäft entlohnt zu werden, berührt aber den Bestand des Maklervertrags an sich nicht. Praktisch wird allerdings oft aus den Umständen abzuleiten sein, dass der Auftraggeber am Maklervertrag nicht länger festzuhalten gedenkt. Andererseits liegt, Abschluss-

⁸³ Fribourg, Extraits 1970 p. 60; vgl. auch Tarifordnung des SVIT, Sektion Zürich, unter 2.: "Die Provision wird auch dann geschuldet und fällig, wenn der Auftraggeber nicht mehr verkaufen will, nachdem ihm der Beauftragte einen Käufer nachgewiesen hat".

⁸⁴ Vgl. Krüger-Doyé S. 158, Bsp. 7b); "Vorverlagerung" der Provisionsentstehung vor den Hauptvertragsabschluss, vgl. hinten S. 142.

⁸⁵ Bejaht von Guggenbühl S. 190.

⁸⁶ Vgl. SemJud 1964 p. 33.

verpflichtung in dem Sinn vorausgesetzt, dass bei Nichtabschluss die Provision fällig wird, im Widerruf vermutungsweise auch der Verzicht auf das konkrete Geschäft. Dass damit die Provisionspflicht ausgelöst würde kann nicht zur Nichtigkeit der Abschlussverpflichtung mit der Begründung führen, das Widerrufsrecht werde im Ergebnis unzulässig eingeschränkt ⁸⁷.

Die Abrede einer Provisionspflicht auch bei Nichtabschluss des ins Auge gefassten Hauptvertrags kann auch nicht, insbesondere nicht bei grundsätzlichem Festhalten am Mäklervertrag trotz des Nichtabschlusses, als Verstoss gegen die guten Sitten angesehen und nach OR 20 nichtig erklärt werden ⁸⁸. Das Versprechen von "Erfolgshonorar" auch bei Nichterfolg widerspricht der "Rechtsnatur" des Mäklervertrags an sich nicht ⁸⁹. Störend, und als Verstoss gegen Treu und Glauben, erscheint vielmehr die Höhe des Entgelts ⁹⁰. Darauf wäre aber adäquater mittels Herabsetzung (Art. 417) zu reagieren als durch Nichtigerklärung, die den Mäkler jedenfalls dann leer ausgehen lässt, wenn nicht separat Aufwendungsersatz vereinbart wurde.

M.E. sind Abreden, die Provisionspflicht auch oder gerade für den Fall des Nichtabschlusses vorsehen generell als unechte Konventionalstrafen ⁹¹ zu qualifizieren, und OR 160 - 163 zu unterstel-

⁸⁷ So aber Appenzell AR, RechB 1958/59 S. 29; vgl. hinten S. 162ff.

⁸⁸ So aber Appenzell AR, RechB 1958/59 S. 29.

⁸⁹ Weder der Appenzeller Entscheid, FN 85, noch Fribourg, Extraits 1970 p. 60 gehen darauf ein, worin der Widerspruch zu sehen sei; vgl. auch vorn S. 30.

⁹⁰ Aehnlich Schwerdtner, Kommentar §652 Rz 20; vgl. auch Lopau, in NJW 1973, S. 1972: tatsächlich sei die Erfolgsabhängigkeit der Provision Kalkulationsgrundlage für die Bemessung ihrer Höhe; vgl. auch hinten zu OR 417, S. 258.

⁹¹ Dies ist in Deutschland v.a. deshalb problematisch, weil, als Folge der absoluten Entschlussfreiheit, durch eine Vertragsstrafe kein unangemessener Druck auf den Auftraggeber ausgeübt werden dürfe, vgl. hinten S. 140f.

len ⁹², mit der Besonderheit, dass bei "Nichterfüllung" einzig die Vertragsstrafe gefordert werden kann (vgl. 160 I). Gemäss 163 II kann sie nicht verlangt werden, "wenn die Erfüllung durch einen vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstand unmöglich geworden ist". Der Auftraggeber darf somit nicht ohne triftige, in der Person des Vertragsgegners liegende, Gründe auf seinen Vertragsentschluss zurückkommen, sonst wird die Konventionalstrafe fällig. Bei einem Antrag auf Herabsetzung (OR 163 III) ⁹³ wäre zu berücksichtigen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Auftraggeber gewillt ist, dem Makler eine zweite Chance einzuräumen. Falls nicht, bleibt es bei der vereinbarten Höhe des Entgelts.

Ob eine (unechte) Konventionalstrafe dieser Art in AGB vom global zustimmenden Auftraggeber mit der Ungewöhnlichkeitsregel zu Fall gebracht werden könnte, wurde bisher nicht entschieden ⁹⁴. Eine breite deutsche Rechtsprechung verneint die Zulässigkeit der Vereinbarung sog. "erfolgsunabhängiger Provision" in AGB ⁹⁵, soweit mehr als angemessene Tätigkeitsvergütung (Aufwendungsersatz) versprochen wird ⁹⁶. Nur darin liege keine unangemessene

⁹² Gauch/Schluemp/Jäggi, Nr. 2517.

⁹³ Zur Frage des Antrags, vgl. BGE 109 II 120ff; hinten zu Art. 417, S. 233ff.

⁹⁴ Vgl. dazu vorn S. 45ff; m.E. müsste sie als geschäftsfremd betrachtet werden.

⁹⁵ Vgl. bei Glaser/Warncke Nr. 395 - 401; Soergel-Mormann § 652 Rz 6; Schwerdtner S. 73; Dyckerhoff S. 57ff; Krüger-Doyé S. 134, 140, 147; mit überzeugender, ausführlicher und eigenständiger Begründung OLG Düsseldorf, Urteil v. 28.1.1972, in NJW 1972, S. 1816; zur Rechtslage bei Alleinauftrag vgl. BGH Urt. v. 20. 3. 1985, in NJW 1985, S. 2477f.

⁹⁶ Vgl. DB 1976, S. 189: in Individualvereinbarung auch über 50 % akzeptiert.

Druckausübung auf den Auftraggeber ⁹⁷. Die Grenze wird allerdings willkürlich gezogen, was v.a. deshalb stossend ist, weil deren Ueberschreitung zu Nichtigkeit (BGB 138 I), nicht zu Herabsetzung führt ⁹⁸.

⁹⁷ In krassen Fällen, vor allem wo der Mäkler durch sog. "Ankaufsverpflichtung" beim Käufer/Auftraggeber den Eindruck einer festen - realiter nicht bestehenden - Bindung gegenüber dem Verkäufer erweckt, wird Provision aufgrund BGB 654 als verwirkt betrachtet, vgl. BGH, Urteil v. 16.10.1980, in NJW 1981, S. 280.

⁹⁸ Vgl. LG Frankfurt, Urteil v. 2.4.1984, in NJW 1984 S. 2419ff für den Fall einer sog. Reservierungsvereinbarung; der im Urteil v. 23.8.1976 (MDR 1977, S. 138) aufgestellte zulässige Höchstsatz von 20 % der Provision wurde unvermittelt gesenkt; BB 1983, S. 665 (LG Düsseldorf, Urteil v. 2.2.1983); Glaser/Warncke Nr. 342, 340 (weitere Rechtsprechung).

4.2. Festlegung von Art und Inhalt des Hauptvertrags

Die Provisionsvoraussetzung des Zustandekommens kann vertraglich zugunsten des beweisbelasteten Mäklers erleichtert, aber auch erschwert werden. Ersteres wird erreicht, indem der als zwecktauglich erachtete Hauptvertrag bewusst weit definiert wird. Beispiel: "Die Uebertragung der Rechte an dem Grundstück durch eine andere Rechtsform ist dem Grundstücksverkauf gleichzuachten" ⁹⁹. Zulässig wäre auch die Aufstellung eines ausführlichen Katalogs möglicher und akzeptierter Vertragsformen, allenfalls mit abgestuften Provisionssätzen ¹⁰⁰. Ohne Klarstellung, ob die Aufzählung abschliessend oder nur beispielhaft zu verstehen sei, ist im Zweifel ersteres anzunehmen ¹⁰¹. Die deutsche Rechtsprechung akzeptiert solche Abmachungen nur in Individualverträgen. Schon blosser "Vorverlegungen" der Provisionspflicht, d.h. Entstehung bereits bei Abschluss eines Vorvertrags, bei Einräumung eines Vorverkaufsrechts oder bei blosser Leistung einer Anzahlung, wichen erheblich vom gesetzlichen Leitbild ab, wenn auch keine erfolgsunabhängigen Provisionsversprechen vorlägen ¹⁰².

⁹⁹ Wurm-Wagner S. 367 Muster 31 b, Ziffer 10; vgl. auch bei Wegener/Sailer S. 76 Rz 86.

¹⁰⁰ Etwa in Anlehnung an Verbandstarife, die regelmässig detailliert aufschlüsseln.

¹⁰¹ Vorbehalten bleibt bei Abschluss eines nicht angestrebten, aber auf der Liste aufgeführten Vertrags immer noch der Nachweis der Kausalität; deshalb bestehen m.E. keine Bedenken, solche Kataloge auch in AGB zuzulassen.

¹⁰² Vgl. BGH, Urteil v. 18.12.1974, in NJW 1975, S. 647; vgl. auch Wurm-Wagner S. 367 Muster 31b, Ziff 7b; "übermitteln" von Vertragsentwürfen ist im Zweifel als Vermittlung i.S. des Gesetzes, nicht als Vorverlegung der Provisionsentstehung zu verstehen, so der BGH, Urt. v. 1.12.1982, in MDR 1983, S. 383.

Praktisch häufiger sind Klauseln, welche die Provisionsentstehung durch eine weitere Voraussetzung erschweren ¹⁰³. Im Vordergrund steht die Abhängigmachung der Provision von der Erfüllung, d.h. Durchführung des gültig abgeschlossenen Hauptvertrags. Gemäss BGH kann "nach dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Willen der Parteien ... der Erfolg auch in einem erst nach dem Zustandekommen des vermittelten Vertrages eintretenden Ereignis, das für den Auftraggeber vorteilhaft ist, liegen, indem es seine durch den vermittelten Vertrag erlangte Rechtsposition in tatsächlicher und (oder) rechtlicher Beziehung verstärkt" ¹⁰⁴. Auch das Bundesgericht erachtet die Partizipation des Mäklers am Risiko der Nichterfüllung als legitim. Der Mäkler, dem dieses Risiko zu gross sei, müsse eben auf den Abschluss des Mäklervertrags verzichten. Ohne Hinweis auf einen Parteiwillen, dass bei Verzögerungen in der Erfüllung pro-rata-Zahlungen erfolgen sollten, sei vor restloser Erfüllung Provision nicht forderbar ¹⁰⁵.

Unklar ist die Bedeutung der Formel "fällig bei notarieller (oder kanzleiischer) Fertigung" ¹⁰⁶: aufschiebende Bedingung oder blosser Fälligkeitssaufschub ¹⁰⁷? Im Zweifel bleibt es bei den gesetzlichen Voraussetzungen. Provision entsteht bei Vertragsabschluss,

¹⁰³ Im Streitfall hat der Mäkler die Unbedingtheit des Provisionsversprechens zu beweisen, vgl. von Tuhr/Siegmart/Escher S. 263; Dehner §652 Rdn 1.

¹⁰⁴ Urt.v.17.4.1956, NJW 1956, S. 1197; bei Glaser/Warncke S.312.

¹⁰⁵ BGE vom 17.5.1983, SemJud 1983 p. 593ss; Nachweismäklervertrag mit folgender (klarer) Klausel: "commission is only payable if the acquisition is consumated and becomes due in total within ten days after Mr. K./K. SA have paid the full amount of the contracted price", p. 594; vgl. auch ZR 45, 1946, Nr. 71.

¹⁰⁶ Vgl. Guggenheim S. 209; gemeint ist Grundbucheintrag; in Deutschland scheint sich das Problem umgekehrt zu stellen: ohne besondere Abrede ist bei Grundstückkauf Provision nicht verdient, wenn behördliche Genehmigung ausbleibt, vgl. Glaser/Warncke S. 48.

¹⁰⁷ Vom Bundesgericht offengelassen, vgl. BGE 52 II 83.

wird jedoch erst fällig bei Grundbucheintrag, oder sobald feststeht, dass dieser nicht erfolgen wird ¹⁰⁸. Ein praktischer Unterschied besteht in dem Fall, wo die Erfüllung aus einem beim Auftraggeber liegenden Grund unterbleibt; bei Annahme einer Fälligkeitsabrede ist Provision bereits entstanden, bei Annahme einer Bedingung wäre der schwierige Beweis zu führen, dass der Auftraggeber deren Eintritt treuwidrig verhindert hat (OR 156) ¹⁰⁹.

Nach Treu und Glauben kann aufgrund besonderer Vertragsumstände auch ohne ausdrückliche Abrede Provisionsentstehung von Vertragserfüllung abhängig sein; so das OLG Köln in einem Fall, wo der Makler gleichzeitig persönlich haftender Gesellschafter des Dritten (Bank) war, sich aber nicht für die Abwicklung des Grundstückskaufvertrags einsetzte ¹¹⁰. In der Schweiz besteht eine gewisse Praxis lediglich im Zusammenhang mit extrem riskanten Schiebergeschäften in Kriegszeiten ¹¹¹.

Wurde Erfüllung zur Bedingung gemacht, und hat der Auftraggeber wegen Nichterfüllung erfolgreich auf Schadenersatz geklagt, so bleibt die Provision geschuldet; wirtschaftlich befindet er sich in der gleichen Lage wie bei Durchführung des Vertrags ¹¹².

¹⁰⁸ ZR 36, 1937, S. 162; Becker 413 N 5; Guggenbühl S. 209; gleich die h.M. in Deutschland, vgl. Soergel-Mormann § 652 Rz 27; Glaser/Warncke S. 311; Dyckerhoff S. 62; BGH, Urteil v. 19.6.1980, in MDR 1098, S. 1006f; a.A. Oser/Schönenberger 413 N 5; Gautschi 413 N 6b.

¹⁰⁹ Vgl. Oser/Schönenberger 413 N 5; in Anwendung von OR 156 Provision zugesprochen in ZR 45, 1946, Nr. 71 S. 120

¹¹⁰ Urteil v. 28. 7. 1967, bei Glaser/Warncke Nr. 291 a, b.

¹¹¹ Vgl. Thurgau, RechB OGer 1921, S. 40ff; SJZ 19, S. 122; *introduction* p. 131.

¹¹² Vgl. BGH, Urteil v. 17.4.56, in NJW 1956, S. 1197; ZR 45, 1946, S. 120; BGE 52 II 83ff; Guggenbühl S. 209.

4.3. Verzicht auf das Erfolgserfordernis (sog. "Provisionsgarantien")

Im Versprechen von "Provision" unter Verzicht auf das Erfordernis des Zustandekommens eines Hauptvertrags liegt das stärkste Mittel zur Sicherung eines Entgelts. Reichel fasst unter dem Stichwort "Provisionsgarantie" sämtliche Fälle einer Lohnzusage zusammen, in denen "der Mäklervertrag sich erledigen sollte unter Umständen, unter denen nach allgemeinen Grundsätzen der Mäkler ohne Lohn ausgehen müsste. Vorausgesetzt.., dass diese Umstände sich in der Person des Auftraggebers ereignen" ¹¹³. Als Hauptfälle führt er an: a) Widerruf durch den Auftraggeber; b) Selbstabschluss ohne Mitwirkung des Mäklers; c) Nichtabschluss binnen bestimmter Zeit. Dabei handle es sich nicht um eigentliche Lohnzusagen, sondern um "Straf- oder richtiger Garantiezusagen", die dem Mäkler Schadenersatz für den Fall zusprächen, dass der Auftraggeber ihn "durch eigene Entschliessungen" um die Provisionschance brächte; betragsmässig sei obere Grenze der Vollbetrag der Provision ¹¹⁴. Infolge der inneren Verwandtschaft zur Konventionalstrafe seien OR 160ff, insbesondere OR 163 III analog anwendbar ¹¹⁵.

Die schweizerische Lehre und Rechtsprechung hat den Terminus "Provisionsgarantie" übernommen, jedoch in verwirrender Weise für immer neue Sachverhalte oder Kombinationen von Sachverhalten verwendet. Unklar bzw. allgemein bleiben Oser/Schönenberger ¹¹⁶, Schmid ¹¹⁷ und Gautschi ¹¹⁸; von Büren ¹¹⁹ versteht darunter v.a. Verzicht auf Kausalität; Pfenninger fasst Reichels lit. a) und c)

¹¹³ Reichel S. 226.

¹¹⁴ Reichel S. 227.

¹¹⁵ Reichel S. 228.

¹¹⁶ Oser/Schönenberger 413 N 19, 35; Becker verwendet den Begriff nicht.

¹¹⁷ Schmid S. 171.

¹¹⁸ Gautschi 412 N 3b.

¹¹⁹ Von Büren S. 216.

zusammen zur "Provisionsgarantie im engeren Sinn" ¹²⁰; Hofstetter definiert sie als Provisionszusicherung "auf alle Fälle ¹²¹.., auch wenn nicht er (der Mäkler) den Abschluss vermittelt hat oder wenn ein Abschluss überhaupt unterbleibt" ¹²². Turrettini zählt dazu Kausalitätsverzichts- und vor allem Exklusivabreden ¹²³. Uneinheitlich auch die Verwendung in der Rechtsprechung ¹²⁴.

Zulässigkeit und Grenzen von "Provisionsgratien" lassen sich nur in Bezug auf klar definierte Sachverhalte beurteilen ¹²⁵. Der Begriff an sich sollte fallengelassen oder im Sinne Reichels als blosser Oberbegriff verstanden werden. Die meisten Abreden, die darunter fallen, wurden bereits behandelt, insbesondere Kausalitätsverzichtsabreden ¹²⁶ und Abschlussverpflichtungen ¹²⁷. Nicht hierher gehört schon begrifflich die Abrede, (auch) bei Nichtzustandekommen des Hauptvertrags sei Aufwendungsersatz geschuldet ¹²⁸.

¹²⁰ Pfenninger S. 337; gleich Guggenbühl S. 293, der als Provisionsgarantie i.w.S. jede Klausel versteht, "mittels der die gesetzliche Provisionsvoraussetzung entscheidend vermindert werden", S. 287 Fn 5.

¹²¹ Nicht zu verwechseln mit der früher häufigen "auf jeden Fall - Klausel", die vor allem als Kausalitätsabbedingung verstanden wurde, vgl. SJZ 35, 1938/39, S. 76.

¹²² Hofstetter S. 132.

¹²³ Turrettini, p. 152.

¹²⁴ Appenzell AR, RechB 1958/59, S. 29f: für den Fall der Aufgabe des Abschlusswillens; SemJud 1965 p. 529 für eine Exklusivklausel; ZR 42, 1943, Nr. 49 S. 165 sowohl für Kausalitätsverzicht wie für Lohn bei Widerruf; ebenso unveröffentlichter BGE v. 24.6.1955; BGE 78 II 439f.

¹²⁵ Unergiebig daher Ausführungen zur Zulässigkeit von "Provisionsgratien" an sich; vgl. vor allem Schmid S. 171ff; Pfenninger S. 337ff; Thilo p. 37s.

¹²⁶ Vorn S. 132ff.

¹²⁷ Vorn S. 137ff.

¹²⁸ Vgl. vorn S. 56f, 58ff.

Einzugehen ist im folgenden vor allem auf den im Schweizer Recht zentralen Fall des "Provisions"-Versprechens bei Widerruf des Mäklervertrags durch den Auftraggeber (vgl. II. 5) sowie auf Exklusivitätsabreden (vgl. II. 6).

Kurz zu erwähnen bleibt der Fall der Lohnzusage trotz Nichtabschluss innert bestimmter Frist ¹²⁹. Solche Klauseln sind unüblich ¹³⁰. Zulässigkeit (im Rahmen von OR 20, gute Sitten) ist nur mit Vorbehalten anzunehmen. Vorausgesetzt werden muss, dass der Mäkler innert der Frist mehrere abschlussstaugliche Interessenten beibringt, und dass einzig aus beim Auftraggeber liegenden Gründen kein Abschluss erfolgt. Widerruf vor Fristablauf, aber nach brauchbaren Nachweisen des Mäklers, ist unzeitig. Die Höhe des Schadenersatzes richtet sich nach OR 404 II, nicht nach der Vereinbarung bezüglich Nichtabschluss.

¹²⁹ Ob gleichzeitig der Mäklervertrag befristet sei, ist Auslegungsfrage.

¹³⁰ Vgl. die wenigen Beispiele bei Pfenninger S. 337ff.

5. Abreden in Bezug auf die Widerruflichkeit (OR 404 I)

Die Abbedingung des Erfolgserfordernisses sei "ungültig, soweit sie auf eine Beschränkung des Kündigungsrechts hinausläuft" ¹, und "insoweit widerrechtlich, als dieses (Lohnversprechen) eine angemessene Entschädigung des Mäklers für seine Bemühungen und Auslagen übersteigt" ². Nach anderer Auffassung liegt jedenfalls solange keine unzulässige Erschwerung des Widerrufs vor, als nicht über das hinausgegangen wird, "was der Mäkler an Schadenersatz wegen Widerrufs zur Unzeit fordern darf" ³.

Damit ist die Frage aufgeworfen, wo, ausgehend von der zwingenden Natur von OR 404 I, die Grenzen liegen, die bei Auflösung durch Widerruf allen Abreden gesetzt sind, welche auch in diesem Fall ⁴ Entschädigungsverpflichtungen des Auftraggebers auslösen. An der grundsätzlichen Frage, ob OR 404 I auch im Mäklervertragsrecht zwingend gelten müsse, kann dabei nicht vorbeigegangen werden.

5.1. Rechtsnatur und Grenzen des Widerrufs

Nach heute zweifellos herrschender Lehre und Rechtsprechung kann das Widerrufsrecht des Auftraggebers gemäss OR 404 I vertraglich

¹ Guggenbühl S. 293.

² Guggenbühl S. 294; vgl. BGE 78 II 439f; unveröffentlichter BGE v. 24.6.1955, E 3: "nicht ersichtlich, weshalb die Zusicherung einer Entschädigung für Mühe und Auslagen des Mäklers nicht gültig sein sollte".

³ Hofstetter S. 132.

⁴ Widerruf durch den Auftraggeber; Kündigung durch den Mäkler ist praktisch nicht von Interesse; vgl. immerhin das Urteil des Luzerner OGer v. 7.5.1980, Maximen 1980, S. 631; vgl. Hofstetter S. 47ff; Guggenbühl S. 126; Widerrufsabreden sind von Abreden in Bezug auf das Erfordernis des Zustandekommens des Hauptvertrags strikt zu unterscheiden.

weder wegbedungen noch eingeschränkt werden ⁵. Kritisiert wird die Anwendung dieses auftragsrechtlichen Dogmas auf Fälle, wo dies nicht passe ⁶. Der Bereich des Mäklervertragsrechts (OR 412 II) wurde dabei aber in jüngerer Zeit ausgespart. Rechtsprechung, aber auch Lehre äussern kaum noch Zweifel an der unbedingten Gültigkeit des Grundsatzes auch für den Mäklervertrag ⁷. In der älteren Lehre wurden auch Gegenmeinungen vertreten ⁸.

Ansatzpunkt für eine differenzierte Betrachtungsweise ist auch im Mäklervertragsrecht die Tatsache, dass die spezifische Interessenlage, die der Gesetzgeber OR 404 I zugrundelegte und von der aus diese Bestimmung motiviert und begründet wurde, nur bei einem Teil aller Auftragsverhältnisse tatsächlich gegeben ist. Ist es sinnvoll, eine Norm, der für den Kerntypus (einfacher Auftrag) zwingender Charakter beigemessen wird, auch für alle speziellen Auftragsstypen gleich auszulegen, mögen sich diese noch so stark vom "Normaltypus" unterscheiden ⁹? Selbst wenn man bezüglich der

⁵ Für viele BGE 109 II 462ff, 467; vgl. bei Koller-Tumler S. 53; Rolf Bär in: ZBJV 121, 1985, S. 226f (zu BGE 109 II 231), spricht von der "heiligen Kuh" des Auftragsrechts.

⁶ Vgl. Bucher, 100 Jahre OR, S. 316ff zum Problem der "verkannten Vertragstypenfreiheit", S. 322ff spezifisch zu OR 404; vgl. zusätzlich zu den in BGE 109 II 467 aufgeführten Autoren Peyer, S. 123ff, mit ausführlicher Analyse; Koller-Tumler, S. 49ff; Bär, oben Fn 5.

⁷ Vgl. BGE 103 II 130; 98 II 307ff; 57 II 190; 55 II 183; Hofstetter S. 52; Guggenbühl S. 128ff; Bär, oben Fn 5, hält ohne nähere Ausführungen OR 404 für "noch vertretbar beim Mäklervertrag".

⁸ Gegen zwingende Natur und für Zulässigkeit des Widerrufs im Mäklervertrag ausdrücklich aber nur Becker 412 N 22; Pfenninger, S. 337ff; ZR 33, 1934, S. 231; SJZ 36, S. 289; vgl. die Übersicht bei Guggenbühl, S. 153.

⁹ Von Büren billigt dem Mäklervertrag nur entfernte Verwandtschaft zum Auftrag zu, S. 203.

Zuweisung zum Vertragstyp generell (Frage der essentialia) klassenlogisch vorgeht ¹⁰, ergibt sich nicht zwingend, dass dies auch für die Frage des Anwendungsbereichs zwingender Normen der Fall sein muss. Hier ist m.E. eine typologische Betrachtungsweise vorzuziehen und vom Standpunkt der Rechtssicherheit her vertretbar. Gerade für die auch im Mäklerrecht zentrale Frage der Vertragsbeendigung scheint differenziertes Vorgehen unerlässlich. Nicht nur der Begriff des Auftrags, auch der des Mäklervetrags selbst umfasst unterschiedlichste Vertragsgebilde. OR 404 I kann nach der ratio legis nicht auf Fälle zwingend angewendet werden wollen, wo es des zwingenden Charakters nicht bedarf, und wo er einer vernünftigen Vertragsgestaltung geradezu im Wege steht ¹¹. Der Anwendungsbereich dieser Norm ist von Fall zu Fall durch den Richter, aber für typisierbare Verträge, zu bestimmen ¹². Zufolge der praktischen - wenn auch nicht bindenden - Wirkung für alle gleichartigen Verträge kann von Verlust an Rechtssicherheit oder Ueberforderung des Richters nicht gesprochen werden ¹³.

¹⁰ Aus Gründen der Rechtssicherheit, vgl. Schluep, Innominatverträge, S. 771, 789f.

¹¹ Vgl. auch Hofstetter, S. 52f; Isler, in BJM 78, S. 125; Peyer S. 173; die Gegenposition vertritt ausführlich ZR 42, 1943, Nr. 49, S. 165ff; Abreden über (befristeten) Widerrufsverzicht sind in der Praxis häufig; gerade im losen Mäklervetragsverhältnis ist der Wunsch der Parteien nach festerer vertraglicher Bindung verständlich und berechtigt, der Mäkler wird unbeschwerter und abgesichert bessere Arbeit leisten; vgl. auch Guggenbühl S. 131f.

¹² Peyer S. 172f stellt drei Voraussetzungen für die Nichtanwendung auf: 1) der Verallgemeinerung zugänglicher Auftragstyp mit typischer Interessenlage, 2) Unvereinbarkeit derselben mit der ratio legis des OR 404, 3) schutzwürdiges Interesse des Beauftragten an der Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses; vgl. auch Friedrich S. 476

¹³ Auf dieses Argument hat sich das Bundesgericht in BGE 98 II 309 zurückgezogen; vgl. auch Hofstetter 52f; Isler, S. 126, konstatiert dennoch auch in der bundesgerichtlichen ./.

Zentrale Begründung des zwingenden Charakters ist das dem Auftrag angeblich per se zugrunde liegende "persönliche Vertrauensverhältnis" ¹⁴. Die überragende Bedeutung, die diesem Vertrauensverhältnis auch im heutigen Auftragsrecht beigemessen wird, ist aber primär historisch zu erklären. Vorbild der Konzeption des OR war das klassische römische *mandatum*, eine Vertragsfigur, die vor allem unentgeltliche Dienstleistungen unter Freunden erfassen wollte ¹⁵. Ein persönliches Vertrauensverhältnis war dort wohl zunächst Grundlage für die Eingehung der Vertragsbeziehung überhaupt. Der Beauftragte hätte ohne diese Beziehung kaum Anlass gehabt, den regelmässig unentgeltlichen ¹⁶, ihn aber verpflichtenden Auftrag anzunehmen; umgekehrt wird ein Vertrauter eher in der Lage gewesen sein, die Interessen des Auftraggebers in dessen Sinn und Geist wahrzunehmen. Solche persönliche Beziehungen ¹⁷ erforderten, umso mehr, wo das *mandatum* die Gestaltung der persönlichen und/oder vermögensrechtlichen Verhältnisse des Auftraggebers zum Gegenstand hat ¹⁸, zweifellos die Möglichkeit jederzeitiger Auflösbarkeit. War das gegenseitige Vertrauen aus irgendeinem Grund gestört, durfte keinem Vertragspartner zugemutet werden, gegen seinen Willen länger gebunden zu sein ¹⁹. Beim

Rechtsprechung Ansätze zu einer Trennung zwischen allgemeinem und speziellem Auftragsrecht.

¹⁴ BGE 98 II 308 unter Berufung auf Oser/Schönenberger 404 N 1b; vgl. Koller-Tumler S. 55: in vielen Fällen bloss i.S. eines allgemeinen Vertrauens des Auftraggebers in die fachlichen Qualifikationen des Beauftragten; vgl. etwa BGE 104 II 321.

¹⁵ Vgl. etwa Koller-Tumler S. 49.

¹⁶ Vgl. Friedrich S. 451; von Büren S. 140; Isler S. 126.

¹⁷ Es handelt sich typischerweise um rechtlich nicht fassbare (emotionale) zwischenmenschliche Beziehungen, aufgrund derer der zukünftige Auftraggeber dem zu Beauftragenden ein Tätigwerden in einem seine Persönlichkeitssphäre betreffenden Bereich gestattet.

¹⁸ Vgl. Bucher, 100 Jahre OR, S. 323: Wahrung der Entscheidungsfreiheit.

¹⁹ Vgl. SJZ 15, S. 166; Friedrich S. 476ff.

unentgeltlichen Auftrag bestand das einzige Interesse des Beauftragten darin, vor Schaden aus der Ausführung bewahrt zu werden. Einen zwingenden Grund, auf Auftragsausführung zu bestehen, gab es für ihn nicht; bei Störung des Vertrauensverhältnisses war er ebenso an einer Auflösungsmöglichkeit der Beziehung interessiert wie der Auftraggeber.

Dieses römische Konzept des *mandatum* liegt aber modernen Auftragsverhältnissen selten zugrunde. Das OR (Art. 394ff) hat nicht vorwiegend Freundschaftsdienste im Auge. Weder bei der Aufnahme noch während des Bestehens der Vertragsbeziehung spielt ein "persönliches Vertrauensverhältnis" im klassischen Sinn eine entscheidende Rolle ²⁰. Es geht meist um nüchterne Geschäftsbeziehungen: Dienstleistung gegen Entgelt ²¹. Soweit von Treueverhältnis gesprochen wird, erwächst dieses aus dem Geflecht gegenseitiger vertraglicher Pflichten ²². Es ist vom oben erwähnten Vertrauensverhältnis scharf zu trennen ²³. Das vertragliche Vertrauensverhältnis verlangt grundsätzlich Berücksichtigung der Interessen des Beauftragten an der Auftragsweiterführung ²⁴. Es

²⁰ Vgl. auch die Vorinstanz in BGE 110 II 380ff, 383 (Architektenvertrag): "während der Projektierungsphase bleibe wenig Raum für ein besonderes Vertrauensverhältnis, weil der Architekt ein fertiges Produkt abzuliefern habe"; vgl. auch Bucher, 100 Jahre OR, S. 325.

²¹ Im Maklervertrag sogar *essentialia*, vgl. vorn S. 27.

²² Das Gesetz lässt insbesondere im Maklervertrag diesbezüglich alles offen; man hat Mühe, einen gesetzlichen "Minimalstandard" herauszuarbeiten.

²³ M.E. unscharf BGE 109 II 466; ZR 42, 1943, S. 168; Oser/Schönenberger 412 N 33.

²⁴ Vgl. von Büren S. 140: "denn wo Entgelt am Werk ist, ist auf die Kontinuitätsinteressen Rücksicht zu nehmen"; BGE 83 II 525ff anerkennt im Liegenschaftenverwaltungsvertrag auf Zeit das gleiche rechtliche Interesse beider Parteien am Bestehen des Vertrags.

ist nicht ersichtlich, weshalb das Vertrauen des Beauftragten auf die Möglichkeit, Entgelt zu erwerben ("Verdienstinteresse") zum vornherein nicht schützenswert sein soll ²⁵.

Berufs- wie Gelegenheitsmäkler werden nur tätig im Hinblick auf die - wenn auch prekäre - Chance, Provision zu verdienen. Es gibt keine Überwiegenden Interessen des Auftraggebers ²⁶, die es verböten zuzulassen, dass sich dieser, jedenfalls für eine begrenzte Zeitperiode ²⁷, wirksam verpflichtet, dem Mäkler diese Chance nicht ohne triftigen Grund zu entziehen. Seine Persönlichkeit wird, von Ausnahmefällen wie etwa bei der Heiratsvermittlung abgesehen, kaum berührt ²⁸. Nicht nur hat er volle Abschlussfreiheit ²⁹. Der Mäkler ist auch nicht, wie ein Bevollmächtigter,

²⁵ Vgl. aber BGE 98 II 309; a.A. auch Hofstetter S. 50, für den einfachen Auftrag: das - legitime - Interesse des Beauftragten an der Auftragsdurchführung habe zurückzustehen, weil der Wahrung der Auftraggeberinteressen absolut Vorrang hätten; dies kann aber für den Mäklervertrag so nicht gesagt werden; vgl. auch Peyer, S. 173; unklar Guggenbühl S. 128; vgl. auch Reichel S. 226; implizit, wenn auch einschränkend, SJZ 36, S. 289; nach BGHZ 63 S. 74 entsteht mit Maklervertragsschluss eine (vererbliche) Anwartschaft auf Provision; Soergel-Mormann § 652 Rz 27; aufschlussreich Soergel-Mühl §671 Rz 1, 3.

²⁶ Vgl. Peyer S. 153; Koller-Tumler S. 56; Hofstetter S. 50.

²⁷ Zeitlich unbeschränkter Widerruf wäre dagegen vor OR 20 und ZGB 27 nicht haltbar und richterlich zu begrenzen, vgl. Guggenbühl S. 129f; Krüger-Doyé S. 38f.

²⁸ Problem des ZGB 27; nach Bucher, 100 Jahre OR, S. 324, ist die Anwendung von OR 404 (beim Managementsvertrag) nur "unter dem Gesichtspunkt der Bewahrung der persönlichen Entfaltungsfreiheit" zu begründen; vgl. auch Peyer S. 149; Friedrich S. 477; GVP (St. Gallen) 1982, Nr. 34, S. 73ff (Internatsvertrag).

²⁹ Sittenwidrig wäre allenfalls eine Kombination des Widerrufsverzichts mit einer Abschlussverpflichtung (dazu vorn S. 138f), nicht aber mit Exklusivklauseln oder sog. "Provisionsgarantien", wie Guggenbühl S.132ff annimmt; vgl. hinten S.175.

befugt, direkt Rechtswirkungen in seinem Bereich zu erzeugen. Gegen die Gefahr der Weitergabe persönlicher Informationen hilft die Möglichkeit der Vertragsauflösung wenig, wenngleich bei Vertrauensbruch ein wichtiger Grund vorliegen dürfte, der trotz Widerrufsverzichts dazu berechtigte ³⁰.

Dass in Mäklerverträgen die gegenseitigen Treuepflichten häufig stark betont werden, ist eine Folge der losen gesetzlichen Ausgestaltung; vor allem erscheint es als folgerichtige Konsequenz dessen, was als "vorvertragliches Misstrauensverhältnis" bezeichnet werden könnte. Der Auftraggeber sucht sich vor unberechtigten und übersetzten Provisionsforderungen zu schützen, der Mäkler gegen Versuche, ihn um seine (verdiente) Provision zu bringen. Mäklervertragsspezifisch ist auch, dass der Mäkler neben den Interessen des Auftraggebers und seinen eigenen auch die des Interessenten mitzuberücksichtigen hat.

Gegen die Zulässigkeit eines Widerrufsverzichts lässt sich auch nicht einwenden, der Mäkler könne zur Tätigkeit, zu der er nicht verpflichtet ist, praktisch nicht gezwungen werden ³¹. Nicht nur kann der Auftraggeber mangels Abrede jederzeit weitere Vermittler einschalten. Beim Exklusivmäklervertrag wird gerade aus der starken vertraglichen Treuepflicht eine Tätigkeitsverpflichtung abgeleitet ³². Einer diesbezüglichen Vereinbarung steht auch im "Normalmäklervertrag" nichts entgegen. Nichttätigwerden trotz Aufforderung würde auch bei Widerrufsverzicht zur Auflösung aus wichtigem Grund berechtigen. Andererseits wirkt Unverzichtbarkeit des Widerrufs geradezu störend, wenn Tätigkeitspflicht besteht, da nicht ohne weiteres Aufwendungsersatz geschuldet ist (OR 413 III im Gegensatz zu OR 402) ³³. Das in älteren Entscheiden, aber

³⁰ Vgl. Friedrich S. 477; so auch die h.M. in Deutschland, vgl. Soegel-Mormann § 652 Rz13; nach Schwerdtner S.70ff wird ohnehin eher der Mäkler durch Informationsweitergabe gefährdet.

³¹ Vgl. Oser/Schönenberger 412 N 33.

³² Vgl. hinten S. 190ff.

³³ Im deutschen Alleinauftrag liegt nach Krüger-Doyé S.86 auch ohne ausdrückliche Abmachung befristeter Widerrufsabschluss.

auch in der Literatur verwendete Argument, die "Parität" der Vertragsparteien werde durch den einseitigen Widerrufsverzicht verletzt, spricht eher für die grundsätzliche Zulässigkeit, sofern er beidseitig erfolgte ³⁴.

Nicht zuletzt geht selbst die herrschende Meinung davon aus, der an sich ungültige Verzicht auf den jederzeitigen Widerruf sei nicht gänzlich ohne Rechtsfolgen. Vielmehr sei der trotz Verbots erfolgte Widerruf als zur Unzeit erfolgt zu betrachten. "Kündigung zur Unzeit ist regelmässig bei Nichteinhaltung einer an sich ungültigen Kündigungsbeschränkung, einer verabredeten Dauer der Provisionsgarantie oder des Alleinverkaufsrechtes anzunehmen" ³⁵.

Fazit: Es gibt kaum dogmatisch und praktisch stichhaltige Argumente, die gegen die Zulassung eines (zeitlich beschränkten) Widerrufsverzichts im Mäklervertragsrecht sprächen ³⁶. Für die Zulässigkeit spricht ausser dem oben Angeführten auch die Tatsache, dass im deutschen Recht, wo der Mäklervertrag als eigenständiger Typ ausgestaltet ist, ein Ausschluss der Möglichkeit des Widerrufsverzichts nie erwogen wurde ³⁷.

Dennoch ist im folgenden von der geltenden Praxis auszugehen; eine Aenderung der Rechtsprechung steht wohl nicht unmittelbar bevor ³⁸.

³⁴ Vgl. etwa ZR 42, 1943, Nr. 49, S. 165; Guggenbühl S. 134.

³⁵ So Guggenbühl S. 139; vgl. auch Friedrich S. 479; Oser/Schönenberger 404 N 34; Dürr S. 27; zur "Unzeit" hinten 5.2.

³⁶ Zur Rechtswirkung eines vertragswidrigen Widerrufs, vgl. bei Guggenbühl S. 130f; Krüger-Doyé S. 40ff.

³⁷ Vgl. Krüger-Doyé S. 32; Tonner, Verbraucherschutz, S. 61f; E § 653a II sieht sogar im Alleinauftrag nur Kündigung aus wichtigem Grund vor; andererseits wird eine Abschlussverpflichtung, jedenfalls in AGB, nicht zugelassen, vgl. Schwerdtner S. 66, S. 72.

³⁸ Immerhin hat das Bundesgericht die Kritik der Lehre an der undifferenzierten Anwendung von OR 404 I zur Kenntnis genommen, vgl. BGE 109 II 467 E 3e; auch BGE 110 II 380.

5.2. Art. 404 Abs. 2 OR

Ausgehend von der Unabdingbarkeit des jederzeitigen Widerrufsrechts nach OR 404 I kann der Mäkler aufgrund des Abs. 2 immerhin Schadenersatz fordern, sofern der Widerruf zur Unzeit erfolgte. Welche praktische Bedeutung kommt dieser Bestimmung im Mäklerrecht zu?

Zunächst ist der Begriff "zur Unzeit" auszulegen. Dies ist Sache des Richters, der auch aufgrund der tatsächlichen Parteivorbringen ex post zu entscheiden hat, ob objektiv betrachtet Unzeitigkeit gegeben sei. Die Parteien können nicht im voraus selbst festlegen, welche Fälle als Rücktritt zur Unzeit zu betrachten seien ³⁹.

Was unter "Unzeit" zu verstehen sei, ist umstritten ⁴⁰. Ein Teil der Lehre macht Unzeitigkeit funktional vom eingetretenen Schaden abhängig ⁴¹. Ähnlich schon die Kommentatoren zu aOR 402 II von 1881 ⁴² : "Zur Unzeit, in einem Zeitpunkte, in welchem eine Besorgung der Angelegenheit durch einen Andern nicht ohne Schaden möglich ist". Diese Umschreibung trifft allerdings nur den Fall der Kündigung durch den Beauftragten ⁴³. Peyer lehnt diese ex

³⁹ Vgl. unten 5.3.; so aber Friedrich S. 480.

⁴⁰ Vgl. auch Koller-Tumler S. 55.

⁴¹ So Becker 404 N 5; Oser/Schönenberger 404 N 8: "wenn der Beauftragte wegen des Widerrufs einen ernstlichen Nachteil erleidet, der ihm ohne den Auftrag nicht widerfahren wäre."; Gautschi 404 N 17d; Dürr, S. 187.

⁴² Schneider/Fick, S. 588.

⁴³ Im Dresdner Entwurf von 1865 wurde der Begriff sogar ausschliesslich für diesen Fall verwendet, vgl. Art. 768 (E 1866: Art. 736); auch das BGB, § 671 II, kennt nur die unzeitige Kündigung durch den Beauftragten; um überhaupt kündigen zu dürfen, braucht er einen wichtigen Grund; "Kündigt er ohne solchen Grund zur Unzeit, so hat er dem Auftraggeber den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen"; Soergel-Mühl §671 Rz 7; vgl. BGE 109 II 233, und dazu Bär, ZBJV 121, 1985, S. 227.

post- Betrachtung ab und stellt darauf ab, ob "der Gegenpartei genügend Zeit zur Verfügung gestellt wird, um sich auf das Ende des Vertrags vorzubereiten" ⁴⁴. Nach Guggenbühl ⁴⁵ sei Unzeit ein unter Berücksichtigung aller Umstände und Interessen nachteiliger Zeitpunkt der Auflösung für die Gegenpartei.

Das Bundesgericht stellt zum Teil darauf ab, ob der Beauftragte dem widerrufenden Auftraggeber einen "sachlich vertretbaren Grund" geliefert habe oder nicht ⁴⁶. In anderen Entscheiden ist massgebend, dass der Widerrufende selbst "aucun motif valable" geltend machen könne ⁴⁷. Vollends unklar ist der vorhergehende Satz im gleichen Entscheid: "Mais la révocation du contrat de transport a eu lieu en temps inopportun ou, à tout le moins, pour une cause dont le défendeur doit seul répondre (cf. ATF 55 II 183)" ⁴⁸. Im jüngsten Entscheid ⁴⁹ zu einem Architektenvertrag werden zwei Bedingungen aufgestellt: Der Beauftragte dürfe erstens keinen begründeten Anlass zum (unzeitigen) Widerruf gegeben

⁴⁴ S. 128.

⁴⁵ S. 138.

⁴⁶ BGE 109 II 469; BGE 109 II 233 (Frachtvertrag); BGE 104 II 320 E 5b: "suppose que celle-ci n'a pas enfreint ses obligations contractuelles, ni fourni au révoquant un motif justifiant la résiliation..."; als Motive kommen bereits "quelques négligences, même légères" in Frage. Mit Bär, ZBJV 121, 1985, S. 226f, ist zu bedauern, dass das Bundesgericht dadurch zur Alltäglichkeit macht, was unbedingt Ausnahme bleiben sollte.

⁴⁷ BGE 109 II 233f: der Beauftragte habe den Transportvertrag unterbrochen, "pour exercer une pression injustifiée sur la demanderesse..."; in casu wurde aber kein Schaden nachgewiesen.

⁴⁸ Unterstreichung durch den Verfasser; dieser unklare Entscheid kann jedoch kaum dafür beigezogen werden, Kriterien für "Unzeitigkeit" festzulegen. Es wurde lediglich erwogen, OR 404 II analog auch in Fällen anzuwenden, wo "Unzeit" fehle; im Ergebnis wurde Schadenersatz aus culpa in contrahendo zugesprochen, "auf Grund des Ersatzes der nutzlos gewordenen Aufwendungen" (S. 184).

⁴⁹ BGE 110 II 380, 383, unter Verweisung auf BGE 106 II 160.

haben, und zweitens müsse die "Vertragsauflösung hinsichtlich des Zeitpunkts und der von ihm getroffenen Dispositionen für ihn nachteilig" ⁵⁰ sein.

Eine mäklerrechtliche Praxis besteht kaum. Das Bundesgericht übernimmt obiter dictum die fragwürdige Zweiteilung zwischen ungerechtfertigter und unzeitiger Auflösung ⁵¹. Nach kantonaler Rechtsprechung ist der Widerruf für den Mäkler unzeitig, "lors-qu'elle intervient sans faute de sa part, au moment où il a accompli les démarches dont il avait été chargé et présenté à son mandant un amateur disposé à conclure l'affaire pour laquelle il avait été mis en oeuvre" ⁵².

M.E. darf das Verhalten des vom Widerruf betroffenen Mäklers nicht als Kriterium für die Unzeit beigezogen werden. Dieses setzt allenfalls ein Motiv beim Auftraggeber. Aus welchen Gründen der Widerruf erfolgt, muss jedoch ausser Betracht bleiben ⁵³. Dadurch unterscheidet sich Art. 404 grundsätzlich von dem andere Vertragstypen beherrschenden Konzept des jederzeitigen (ausserordentlichen) Widerrufs aus wichtigem Grund ⁵⁴. Der auftragsrechtliche Widerruf ist nicht schon deshalb unzeitig, weil der Auf-

⁵⁰ BGE 110 II 383 E 3b.

⁵¹ BGE v. 16.11.1971 (SemJud 1973 p. 298ss) S. 304: "résiliation injustifiée ou en temps inopportun..".

⁵² Sem Jud 1964, p. 33ff, 39; in casu wurde als Schadenersatz neben Werbekosten und verlorener Arbeitszeit auch Bezahlung von Fr. 5000.- für Schädigung der "réputation commerciale" geltend gemacht, insgesamt eine Summe, die ziemlich genau der entgangenen Provision entsprach; das Gericht sprach aber nur Fr. 1000.- zu, da der Schadensnachweis darüber hinaus nicht erbracht worden war; vgl. auch RVJ 1964, Nr. 57, S. 221ff; vgl. aber auch ZR 42, 1943, Nr. 49; Oser/Schönenberger 412 N 34, 36.

⁵³ Der Widerruf an sich kann nie rechtsmissbräuchlich sein; er ist auch ohne jedes Motiv zulässig; vgl. BGE 106 II 160.

⁵⁴ Das in Deutschland auch für den Mäklervertrag gilt, vgl. Soergel-Mormann § 652 Rz 13.

traggeber ohne jeden vom Mäkler gesetzten Grund (oder sonst ohne Grund) den Auftrag zurückzieht. Ebenso wenig gilt ohne weiteres, dass ein Widerruf, den der Mäkler seinem eigenen Fehlverhalten zuzuschreiben hat, keine Schadenersatzpflicht auslösen kann ⁵⁵. Dagegen steht dem Auftraggeber, falls dieses Fehlverhalten einer Treupflichtverletzung gleichkommt, ein verrechenbarer Gegenanspruch zu.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist einzig entscheidend, ob der Widerruf den "betroffenen" Mäkler schädigt oder nicht.

Schaden und Unzeit sind untrennbar verbunden ⁵⁶. Unzeit wird nur soweit relevant, als ein Schaden nachweisbar ist ⁵⁷. Der Begriff "Unzeit" hat keine selbständige Bedeutung. Widerruf, der den Beauftragten schädigt, aber nicht unzeitig wäre, ist nicht denkbar. Unzeit festzustellen, ohne dass ein Schaden entstanden oder

⁵⁵ Vgl. schon Oser/Schönenberger 404 N 8; so auch BGE 104 II 320; 109 II 469; eine dogmatische Begründung fehlt. Es gibt keinen allgemeinen Grundsatz der Verwirkung eines (vertraglichen) Schadenersatzanspruchs infolge Fehlverhaltens, das nicht einmal einer Vertragsverletzung zu entsprechen braucht. In Analogie zum Haftpflichtrecht könnte allenfalls Unterbrechung des Kausalzusammenhangs durch schweres Selbstverschulden des Mäklers angenommen werden, soweit dem Mäkler ein Schadensnachweis überhaupt gelingt.

⁵⁶ Vgl. auch BGE 106 II 160: "La notion d'inopportunité de la résiliation ..est étroitement liée au préjudice qui découle de la résiliation"; gleich SemJud 1985, p. 353ss, 356.

⁵⁷ So im Ergebnis eigentlich auch BGE 106 II 157 ff, 160f und BGE 110 II 380ff, 383f; GVP St. Gallen, 1982, Nr. 24, S. 76: "Die Frage, wann ein Widerruf zur Unzeit erfolgt sei, ist in Anbetracht des Schadens zu beurteilen, den er zur Folge hatte".; vgl. auch ZR 42, 1943, Nr. 49, S. 168: "zur Unzeit.., d.h. wenn infolge der im betreffenden Zeitpunkt gegebenen Verhältnisse die Auflösung für die Gegenpartei besondere Nachteile bringt"; vgl. Hofstetter S. 50.

nachgewiesen ist, ist sinnlos⁵⁸. Vertragliche Treuepflichten spielen keine Rolle. Andernfalls wäre jederzeitiger Widerruf im eigentlichen Sinne unmöglich. Folgerichtig besteht kein Anspruch auf eine Minimaldauer des Auftrags⁵⁹, noch weniger ein solcher auf bestimmte Kündigungsfristen⁶⁰. Auch die Tatsache, dass der Makler seine Tätigkeit abgeschlossen hat, und diese grundsätzlich erfolversprechend war, kann nicht zur Folge haben, dass der Widerruf praktisch nur noch unzeitig erfolgen kann⁶¹. Die Höhe der gemachten Aufwendungen kann die Frage der Unzeitigkeit nicht beeinflussen⁶². Aufwendungsersatz ist im entgeltlichen Auftrag aufgrund von OR 402 ohnehin geschuldet, im Maklervertrag nach Massgabe von OR 413 III⁶³.

OR 404 ist, im Rahmen der geltenden Praxis, so zu verstehen, dass der Auftraggeber (wie der Beauftragte) zwar jederzeit widerrufen kann, ohne finanzielle Nachteile tragen zu müssen, jedoch seinem Vertragspartner den Schaden zu ersetzen hat, der diesem aus dem unzeitigen Widerruf selbst erwächst⁶⁴. Dadurch wird der Widerruf

⁵⁸ Vgl. die unhaltbaren Ausführungen in GVP (St. Gallen) 1982, Nr. 34, S. 76f: der Unzeitigkeit seien "aber Grenzen gesetzt"; der besondere Nachteil müsse "zeitlich begrenzt" werden.

⁵⁹ So aber Guggenbühl S. 139; richtig dagegen ZR 42, 1943, S. 168; mit dem Widerruf muss eben jederzeit gerechnet werden, vgl. GVP St. Gallen, 1982, Nr. 34, S. 76.

⁶⁰ So Peyer S. 128.

⁶¹ Dies wäre die Konsequenz der erwähnten, von Guggenbühl, S. 139 unterstützten, Rechtsprechung; dahinter steckt uneingestanden die Absicht, den Auftraggeber auch für den Nichtabschluss zu bestrafen. Im übrigen kann gerade der aus der Sicht des Auftraggebers misslungene Nachweis Grund für den Widerruf gewesen sein.

⁶² So aber SemJud 1965, p. 33.

⁶³ Hofstetter S. 50f; Bucher, Best, S. 145.

⁶⁴ Auch nach h.M. ist nur der Schaden zu ersetzen, der "eine direkte Folge der Unzeitigkeit ist", vgl. ZR 42, 1943, S. 168; SJZ 10, S. 228; Guggenbühl S. 138; Schneider/Fick 402 N 8; ./.

nicht erschwert. Alles, was über den effektiven Schaden hinaus - und nicht unter dem Titel "Aufwendungsersatz" - verlangt wird, hat dagegen die Wirkung einer (unzulässigen) Bestrafung des Widerrufs.

Zu ersetzen ist dem Makler nur das negative, keinesfalls das positive Interesse ⁶⁵. Nicht gefordert werden kann auch *lucrum cessans* ⁶⁶. Er ist so zu stellen, wie wenn der Maklervertrag nie geschlossen worden wäre ⁶⁷. Da Aufwendungen nicht Schaden im Sinne von OR 404 II sind ⁶⁸, wird der Makler praktisch immer leer ausgehen. Es entspricht auf jeden Fall nicht der Lebenserfahrung, dass der Makler - selbst bei der Vermittlung von Grossobjekten - "seinen Betrieb entsprechend ausbauen und andere Aufträge ausschlagen muss" ⁶⁹. Unrealistisch erschiene auch die Annahme, der Makler könnte weitere Vermittlungsaufträge ausschlagen, weil er sonst überlastet wäre. Weitere Makleraufträge brächten zudem lediglich äusserst ungewisse Gewinnaussichten.

Für die Festsetzung des Schadenersatzanspruchs gelten dennoch die allgemeinen Grundsätze. Aus Billigkeitserwägungen die Entschädigungssumme relativ grosszügig zu berechnen ⁷⁰, ist unhaltbar.

Hofstetter S. 51f; etwas anders BGE 106 II 160: "..seule l'existence d'un préjudice justifie une sanction à l'exercice inopportun..".

⁶⁵ Bucher, *BesT*, S. 142; Hofstetter S. 50; GVP St. Gallen, Nr. 34, S. 77; *SemJud* 1964 P. 39.

⁶⁶ Vgl. schon Thilo p. 35; auch für den Architektenvertrag verneint in BGE 110 II 386; Hofstetter dagegen bejaht diese Möglichkeit im einfachen Auftrag trotz Vorbehalten, vgl. S. 51; das so geschützte Honorarinteresse des Beauftragten ist aber im Maklervertrag derart prekär, dass Hofstetter jedenfalls hier nicht gefolgt werden kann.

⁶⁷ *SemJud* 1965, p. 39.

⁶⁸ So schon Baer in *SJZ* 10, Nr. 65; Guggenbühl S. 138; die untere Instanz in *SemJud* 1965 p.33ss; inkonsequent ZR 42 Nr.49 S.168.

⁶⁹ Vgl. BGE 109 II 470 für einen Architektenvertrag.

⁷⁰ *SemJud* 1965, p. 40.

Im Ergebnis muss OR 404 II als dem gekündigten Mäkler wenig hilfreich qualifiziert werden. Er wird regelmässig am Schadensnachweis scheitern ⁷¹.

Zu untersuchen bleibt, inwieweit dies durch Parteiabreden über eine Entschädigung bei Widerruf geändert werden kann.

5.3. Parteiabreden

Ausgangspunkt unserer Ueberlegungen sei folgende einfache Vertragsklausel: "Bei einem Widerruf durch den Auftraggeber hat dieser dem Mäkler Fr. 500.- zu bezahlen". Die Rechtsnatur einer solchen Vereinbarung lässt sich aus ihr selbst nicht ermitteln. Von den Parteien aus betrachtet sind folgende Zielsetzungen möglich. 1. Bestrafung für die abrupte, vorzeitige Vertragsauflösung; 2. Ersetzung des durch den Widerruf entstandenen Schadens und Vorausfestsetzung von dessen Höhe, um der Beweisproblematik auszuweichen; 3. Ersetzung der Aufwendungen des Mäklers und Erlass des Nachweises der einzelnen Positionen ⁷².

Rechtlich stehen zunächst zwei Institute zur Verfügung, innerhalb derer diese Zielsetzungen verwirklicht werden könnten: Konventionalstrafe gemäss OR 160ff (5.3.1.); oder Abrede von Aufwendersatz gemäss OR 413 III, 412 (5.3.2.). Ob eine dritte Variante darin bestehen kann, im Rahmen von OR 404 II entweder

⁷¹ So auch Gautschi, 412 N 12c.

⁷² Hier wie bei Punkt 2. sind jeweils zwei Untervarianten in Betracht zu ziehen, indem die geschaffene Vermutung bezüglich der Höhe anfechtbar (widerlegbar) oder unanfechtbar (unwiderlegbar) gemeint sein kann; die frühere Zürcher Praxis ging zum Teil auf die Widerrufproblematik nicht ein; vgl. BezGer, Urteil v. 1.7.1943, in ZBJV 80, 1944, S. 285ff: in der Höhe, verglichen mit der effektiven Arbeitsleistung, angemessene "Provisionsgarantie"; vgl. auch vorn Fn 8, S. 149.

den Begriff der Unzeit ⁷³ oder die Höhe des zu ersetzenden Schadens (und damit dessen Bestehen überhaupt) festzulegen, hängt von der Rechtsnatur dieser Norm ab (5.3.3.).

5.3.1. Konventionalstrafe

"Konventionalstrafe ist das bedingte und...stets zu einer Hauptabrede hinzutretende Versprechen,..., eine Leistung zu erbringen als Schadenersatz für den Fall der ... schuldhaften Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung einer .. Hauptschuld, die dadurch verstärkt wird" ⁷⁴. Sie kann nicht gefordert werden, wenn sie ein widerrechtliches Versprechen bekräftigen soll (OR 163 II). Funktional gesehen ist zwischen der Straffunktion, psychologischen Zwang auszuüben (Kumulativstrafe), und blosser "Interessifixierung" (= Schadenersatzpauschalierung) zu unterscheiden. Letztere erspart den Schadensbeweis im Sinne einer Alternativstrafe ⁷⁵.

Die Parteien könnten theoretisch mit der Abrede einer Konventionalstrafe ⁷⁶ zwei der oben erwähnten Zwecke verfolgen. Es erübrigt sich jedoch zu prüfen, ob im Zusammenhang mit OR 404 nur einer oder beide (un)zulässig wären ⁷⁷.

⁷³ Definition der "Unzeit" hätte nach der hier vertretenen Auffassung nur dann einen Sinn, wenn gleichzeitig der Schadensnachweis gemildert oder umgangen würde, vgl. aber bei Oser/Schönenberger 404 N 3: "nach Parteimeinung..unzeitig"; so auch Peyer, S. 128 Fn 18.

⁷⁴ Scyboz, SPR S. 342.

⁷⁵ Vgl. Oser/Schönenberger Vorb. 160 - 63 N 12, 404 N 3; Bühler S. 165.

⁷⁶ Die Qualifikation ist oft schwierig; vgl. ZR 33, 1934, Nr. 100, wo das OGer ihr auswich, und eine "Entschädigung" in Höhe der halben Provision akzeptierte.

⁷⁷ A.A. BGE 109 II 468, wo die Unterscheidung von Oser/Schönenberger nur für die Schadenersatzpauschalierung, nicht für die Konventionalstrafe getroffen, aber im Ergebnis lediglich Straffunktion abgelehnt wird.

Beide Varianten setzen eine gültige Hauptverpflichtung voraus 78. Eine solche besteht jedoch, auch nach h.M., bei OR 404 nicht 79. Die zu sichernde Hauptschuld besteht im grundsätzlich unzulässigen Versprechen, den Maklervertrag befristet oder unbefristet nicht zu widerrufen. Eine Konventionalstrafe, die bei Verletzung des Widerrufsverzichts zu zahlen wäre, ist unzulässig und nichtig 80. Es ist unhaltbar, sie als insoweit für gültig zu erklären, als sie nur "zur Interessefixierung" dient. Dies gilt ebenso für die Abmachung einer Wandelpön (OR 160 III). Eine teilweise Zulässigkeit, etwa bis zur Höhe der Aufwendungen 81, oder soweit Schadenersatzpflicht bzw. Unzeit vorläge 82, ist damit nicht vereinbar. Die Höhe der Konventionalstrafe, selbst wenn sie im Ergebnis den Widerruf nicht erschwert, weil die festgesetzte Summe dem tatsächlich durch den Widerruf entstandenen Schaden entspricht 83, kann weder an der Ungültigkeit der Hauptverpflichtung, noch an der Akzessorietät der Konventionalstrafe etwas ändern. Die an sich fragwürdige Unterscheidung zwischen zulässiger und unzulässiger Erschwerung stellt sich gar nicht 84.

5.3.2. Aufwendungsersatz

Keine rechtlichen Bedenken bestehen gegen die Vereinbarung, dass im Fall des Widerrufs, und damit regelmässig "Misserfolgs"

78 Vgl. Bühler S. 168.

79 BGE 109 II 468; BGE 98 II 310.

80 Richtig: SemJud 70, 1948, p. 45; Keller/Schöbi S. 92.

81 Guggenbühl S. 294; so auch SJZ 33 (1936) S. 376.

82 So implizit BGE 109 II 468, bestätigt in BGE 110 II 383 E 3a; vgl. aber auch Koller-Tumler, S. 55: Ausdehnende Anwendung von OR 404 II führe zur Aushöhlung von OR 404 I.

83 Was ohnehin unzulässig ist, dazu sogleich.

84 Vgl. auch Guggenbühl S. 139; m.E. richtig ZBJV 62, 1926, S. 27f.

(Nichtzustandekommen eines vom Mäkler vermittelten Hauptvertrags), Aufwendungsersatz geschuldet sei. Dieser richtet sich nach der tatsächlich erbrachten Tätigkeit und kann sowohl Barauslagen wie Zeitaufwand umfassen ⁸⁵. Problematisch ist dagegen die Pauschalierung, wenn sie dem Auftraggeber die Einwendung abschneiden soll, die tatsächlichen Aufwendungen seien geringer gewesen. Ueber deren Höhe hinaus wirkt die Pauschale als Bestrafung des Widerrufs und wäre unzulässig ⁸⁶. Die Gleichsetzung einer übersetzten Pauschalentschädigung mit einer Vertragsstrafe ⁸⁷ ist überflüssig; ob sie übersetzt ist, lässt sich nicht zum vornherein beurteilen ⁸⁸. Der Zweck einer Pauschalierung, die Beweiserleichterung, ist auch hier gerade im Streitfall nicht erreichbar, indem eine Abklärung des tatsächlichen Aufwands unumgänglich bleibt ⁸⁹. Die Korrektur einer übersetzten Pauschale erfolgt über OR 20 II ⁹⁰, nicht über OR 417 ⁹¹.

⁸⁵ Vgl. vorn S. 60ff; vgl. aber auch ZR 33, 1934, Nr. 100, S. 233; ZR 23, 1924, Nr. 66, S. 101; SJZ 37, 1940/41, S. 282f.

⁸⁶ Vgl. SJZ 36 (1939/40) S. 289; "Das legitime Schutzbedürfnis des Mäklers beschränkt sich wohl immer darauf, bei einem plötzlichen Widerruf ... für seine bisherigen Bemühungen und Auslagen gedeckt zu werden"; vorausgesetzt bleibt, dass durch den Widerruf an sich kein Schaden entstanden ist (OR 404 II).

⁸⁷ Guggenbühl S. 136.

⁸⁸ Guggenbühl, S. 136, sieht die Grenze "erfahrungsgemäss" bei 25% der Provision.

⁸⁹ Vgl. auch BGE 109 II 468 zur Schadenersatzpauschalierung; aus der Tatsache, dass diese nicht funktioniert, kann allerdings nicht geschlossen werden, die Parteien hätten etwas anderes gewollt.

⁹⁰ Vgl. Gauch/Schlupe/Jäggi, Nr. 540-542; Guggenbühl S. 136.

⁹¹ Vgl. aber ZBJV 80, 1944, S. 285, BezGer Zürich, Urteil vom 1. 7. 1943.

M.E. unhaltbar ist die bundesgerichtliche Auffassung, die Zusage einer Entschädigung für Mühe und Auslagen ("Provisionsgarantie") des Maklers in Höhe von 1% des Vertragswerts (entsprechend der halben Erfolgsprovision) sei ohne weiteres zulässig⁹². Die Vorinstanz habe den Einwand, die Pauschale stehe in keinem Verhältnis zu den realen Aufwendungen, "unter Hinweis auf die an sich aussichtsreichen Bemühungen des Klägers zutreffend widerlegt und weiter erklärt, dass der Ansatz von 1% üblich sei"⁹³. Diese Punkte sind jedoch für die - nicht geprüfte - Frage der Vereinbarkeit mit OR 404 I irrelevant. Es hätte Beweis über die tatsächlichen Ausgaben des Maklers abgenommen werden müssen⁹⁴.

Die deutsche Rechtsprechung zur Frage von Pauschalvergütungen für den Fall des Nichtzustandekommens des Hauptvertrags befasst sich fast ausschliesslich mit ihrer Gültigkeit in AGB, die regelmässig verneint wird⁹⁵, jedenfalls, soweit der Betrag 10-15 % der Erfolgsprovision übersteigt⁹⁶.

⁹² Unveröffentlichter BGE v. 24. 6. 1955, S. 4, E 3; vgl. auch JdT 1957 II, p. 30: im Rechtsöffnungsverfahren (zu recht) zugelassene "rémunération forfaitaire" von Fr. 350.-.

⁹³ Unveröffentlichter BGE v. 24. 6. 1955, E 4.

⁹⁴ Auch im Rahmen von OR 417 scheint mir eine Entschädigung von 50 % der Erfolgsprovision nach einer Vertragsdauer von einhalb Monaten (vereinbart waren sechs Monate) zu hoch; die Feststellung, dass 1% üblich sei, würde das BGER nicht an der Herabsetzung hindern.

⁹⁵ Vgl. Schwerdtner S. 158f; Krüger-Doyé S. 145ff, insbesondere S. 150; Glaser/Warncke Nr. 169, S. 210.

⁹⁶ BGH, Urteil v. 6.2.1980, in NJW 1980, S. 1622; vgl. auch LG Frankfurt, Urteil v. 23. 8. 1976, in NJW 1977, S. 109; OLG Hamburg, Urteil v. 25. 3. 1983, in NJW 1983, S. 1502.

5.3.3. Pauschalierter Schadenersatz?

Die Bestimmung der Höhe des aus OR 404 II geschuldeten Schadenersatzes im voraus ist unzulässig, soweit sie über den effektiv als Folge des Widerrufs entstandenen Schaden hinausgeht⁹⁷. Ob dies der Fall ist, hat der Richter von Amtes wegen abzuklären, weil darin eine unzulässige Bestrafung des Widerrufs läge⁹⁸.

Die Parteien haben es nicht in der Hand, über das Bestehen eines Schadens (und damit auch über die "Unzeitigkeit") zu verfügen⁹⁹. Auch eine Abrede, durch die dem Mäkler der Beweis über die Höhe des durch den Richter grundsätzlich festgestellten Schadens erlassen wurde, wäre unzulässig. Darin läge ein (unzulässiger) sog. Beweisführungsvertrag, soweit festgelegt wird, "dass ein bestimmter Sachumstand schlechthin oder unter besonderen Voraussetzungen

⁹⁷ Vgl. vorn S. 160f; vgl. auch Koller-Tumler, S. 53, die zu recht den BGE in SemJud 1978, p. 385ff kritisiert; es bestehen Zweifel, ob ein eigenständiges Institut der Schadenersatzpauschalierung überhaupt existiert, oder ob dies nur eine Abart der Konventionalstrafe sei, vgl. bei Krüger-Doyé S. 117ff, 124; Bühler S. 165; Bucher AT S. 469 lässt auch übersetzte Pauschalierung zu, will aber OR 163 III (analog?) anwenden; vgl. auch Vollkommer S. 693f zu BGB Entwurf §653 I Satz 3.

⁹⁸ Vgl. auch BGE 109 II 468 mit Hinweisen.

⁹⁹ Damit entfällt auch die gekünstelte Umdeutung eines unzulässigen Widerrufsverzichts in eine Absprache über die Unzeitigkeit, vgl. Guggenbühl S. 130. Das Treueverhältnis zwischen den Mäklervertragsparteien könnte, wenn es überhaupt zu berücksichtigen wäre, nur durch zulässige Abreden verstärkt werden. So im deutschen Recht, wo aus dem Widerrufsverzicht z.T. direkt auf eine sich daraus ergebende Tätigkeitspflicht geschlossen wurde, vgl. hinten S. 190ff; auch Bucher AT S. 469 setzt Entstehung eines Schadens voraus; im Architektenvertrag akzeptierte das BGer (110 II 282ff) einen Pauschalzuschlag von 15% mit der nicht überzeugenden Begründung, nach der allgemeinen Lebenserfahrung erleide der Architekt durch den Auftragsentzug einen nur schwer konkretisierbaren Schaden.

als "unbestreitbar" gelten soll" 100. Die Zulässigkeit solcher Abreden prozessualer Natur wird mehrheitlich verneint 101.

Im Mäklervertrag dürfte jedoch regelmässig eine materielle Vereinbarung 102 vorliegen (bedingtes Zahlungsversprechen). Die Parteien wollen kaum in erster Linie Beweisrecht ändern, sondern dem vom Widerruf Betroffenen einen Anspruch auf Entschädigung verschaffen. Dies wiederum ist nur im Rahmen der Vereinbarung von Aufwendungsersatz (auch) im Widerrufsfall zulässig.

100 Kummer N 371 zu ZGB 8; dagegen werden parteiautonome Regelungen der Beweislast mehrheitlich für zulässig erachtet, während Kummer, N 373ff, auch diese ablehnt.

101 Vgl. Walder S. 379.

102 Vgl. Kummer N 371.

6. Exklusivklauseln

6.1. Problemstellung und Typologie

In Mäklerverträgen über Grundstücke, seltener bei Vermietungsgeschäften ¹, finden sich häufig Klauseln von der folgenden Art:

- "Der Auftraggeber verpflichtet sich ferner, während der Laufzeit des Vermittlungsauftrages keinen anderen Makler in der gleichen Angelegenheit einzuschalten"; - "Der Auftraggeber hat sich eigener Tätigkeit zu enthalten. Er darf während der Vertragszeit keinen Auftrag an Dritte erteilen";
- "Bei Alleinauftrag hat der Auftraggeber ohne Verzug jeden Interessenten dem Auftragnehmer zu benennen und an ihn zu verweisen. Während der Dauer eines Alleinauftrags hat der Auftraggeber sich eigener Bemühungen zu enthalten, die die Tätigkeit des Auftragnehmers beeinträchtigen könnten" ².
- "Mandat impératif et exclusif: 4. Pendant la durée du mandat, le courtier aura droit à la commission fixée ci-dessus même si le marché a été conclu sans son intermédiaire" ³.

Solche Klauseln versuchen dem Problem zu begegnen, dass der Auftraggeber jederzeit weitere Vermittler beiziehen kann. Für den einzelnen Mäkler besteht die Gefahr, dass ihm ein anderer zuvorkommt und ihn ganz oder teilweise um die Provision bringt ⁴. Zudem kann der Auftraggeber selbst einen Vertragspartner finden, oder unter "Umgehung" des Mäklers mit ihm verhandeln. An sich

¹ Schwerdtner S. 173; auch bei Darlehensvermittlung, vgl. BGH, Urteil v. 2.11.1983, in NJW 1984, S. 360.

² Krüger-Doyé S. 157, Beispiele Nr. 4 a) bis c).

³ RVJ 1980, p. 261ss, 263; Mandant im mandat exclusif ist typischerweise, aber nicht zwingend, der potentielle Verkäufer einer Liegenschaft.

⁴ Vgl. zur Frage der Reduktion infolge Mitursächlichkeit hinten zu OR 417, S. 242f.

entspricht es dem "System der Wettbewerbswirtschaft ...", dass der Auftraggeber mehrere Makler beschäftigen kann. Die Chance zur Verwirklichung der automatischen Tauschgerechtigkeit ist um so grösser, in je weiterem Umfang Angebote und Nachfrage sich gegenüberstehen. Die Einschaltung mehrerer Makler erweitert den Markt und kommt dieser Chance zugute" ⁵.

Für den einzelnen Mäkler erhöhen Exklusivklauseln jedoch die Chance auf Provision erheblich ⁶, je nach Ausgestaltung in unterschiedlichem Ausmass. Im folgenden sind jeweils zwei Typen gesondert zu betrachten:

1. Die sog. einfache oder reine Exklusivklausel, bei der sich der Auftraggeber verpflichtet, keine weiteren Mäklerverträge zu schliessen, sowie keine unentgeltlichen Vermittlerdienste von dritter Seite anzunehmen

2. Die sog. verschärfte Exklusivklausel, bei der sich der Auftraggeber verpflichtet, nicht selbst (anstelle des Mäklers) aktiv zu werden, und während der Dauer des Exklusivmandats den Hauptvertrag nicht ohne Beizug des Mäklers zu schliessen ⁷. Bei direkter Verpflichtung, ihn beizuziehen wird auch von Verweisungs- oder Zuziehungsklauseln gesprochen ⁸; diese Abrede verbie-

⁵ Vgl. Knieper S. 1295.

⁶ Von "Provisionssicherungsklauseln" kann nicht in jedem Fall gesprochen werden; vgl. aber Hofstetter S. 133; Krüger-Doyé S. 96; Knieper S. 1297.

⁷ Kein Selbst- oder Direktabschluss; blosses Verhandeln mit "Drittinteressenten" berechtigt den Mäkler einzig dazu, aus wichtigem Grund zu kündigen, oder die Tätigkeit einzustellen, vgl. Krüger-Doyé S. 67; der Terminus "Direktabschluss" ist dem vielfach verwendeten "Selbstabschluss" vorzuziehen; er bringt die vertragswidrige Ausschaltung des Mäklers besser zum Ausdruck. Der Auftraggeber schliesst auf jeden Fall selbst ab.

⁸ Vgl. hinten 6.2.2.; Bsp.: "Pendant toute la durée de l'exclusivité, le mandant s'engage à adresser au mandataire les amateurs qui prendront directement contact avec lui" ./.

tet zwar dem Auftraggeber eigene Aktivität nicht direkt, lässt sie aber im Ergebnis überflüssig bzw. als Unterstützung des Mäklers erscheinen.

Inhalt und Umfang solcher Abreden sind im geltenden Privatrecht gesetzlich nicht geregelt ⁹. Unberührt bleiben jedenfalls die Erfordernisse des Zustandekommens eines Hauptvertrags ¹⁰ sowie genügender Mäklertätigkeit. In Bezug auf das Kausalitätserfordernis wird zu zeigen sein, dass Exklusivabreden neben Abreden, welche dieses abbedingen, bedeutungslos sind ¹¹. Umgekehrt stellt sich die Frage, ob in der Exklusivabrede ein stillschweigender Verzicht auf dieses Provisionserfordernis liege ¹².

Die für den Mäkler (bei beiden Typen) zentrale Frage ist, welche Rechtsfolgen die Verletzung der jeweiligen Abrede durch den Auftraggeber nach sich zieht. Kann er Provision oder nur Schadenersatz verlangen, und unter welchen Voraussetzungen ¹³? Geht der Parteiwille gar auf die Statuierung einer "echten Unterlassungspflicht" ¹⁴.

(contrat-type Genève 1974); weigert sich der Interessent trotz Verweisung an den Mäkler, mit diesem zu verhandeln, wird der Auftraggeber bei Abschluss nicht provisionspflichtig, vgl. Krüger-Doyé S. 108.

⁹ Ausnahme: Ausführungsreglement des Kantons Wallis vom 24. 5. 1972 zum Gesetz über die Vermittler von 23. 6. 1971, Art. 16.

¹⁰ Der Exklusivvertrag bleibt "Erfolgsvvertrag"; vgl. auch Krüger-Doyé S. 64.

¹¹ Vgl. hinten S. 183ff; auch vorn S. 132ff.

¹² Vgl. hinten S. 183ff (6.4.).

¹³ Diese Frage wird von den Parteien, auch bei Verwendung von Musterverträgen, regelmässig offengelassen.

¹⁴ Daran ist der Mäkler aber i.d.R. kaum interessiert; zudem würde ihre Durchsetzung (oder der Versuch dazu) ohne weiteres mit Widerruf beantwortet. Die Frage ist m.E. ohne praktische Bedeutung; vgl. auch Krüger-Doyé S. 66f; vgl. aber Hofstetter S. 133, 3.b).

Der Maklervertrag mit Exklusivklausel gilt heute im deutschen Immobiliengeschäft als der wichtigste Maklervertragstyp ¹⁵. Das zukünftige deutsche Maklervertragsrecht im BGB wird denn auch eine umfassende Regelung des sog. Alleinauftrags enthalten ¹⁶. Dieser Terminus hat sich seit den 30er Jahren in Deutschland ¹⁷ zunehmend durchgesetzt ¹⁸. Daneben finden sich vereinzelt noch Umschreibungen wie "fest an die Hand" oder "Festauftrag". Es ist umstritten, ob sie als Synonyma zum Alleinauftrag zu sehen seien, oder zusätzlich zur (unbestimmten ¹⁹) Exklusivklausel auch einen Widerrufsverzicht beinhalten ²⁰.

Für die Schweiz lässt sich lediglich festhalten, dass auch hier Mäklerverträge mit Exklusivklauseln nicht selten vorkommen ²¹. Die Terminologie ist allerdings uneinheitlich. Neben Exklusiv-

¹⁵ Schwerdtner S. 173f; Literatur und Rechtsprechung haben sich eingehend damit befasst, vgl. die Hinweise zu den einzelnen Fragen.

¹⁶ E § 653 BGB; vgl. ZIP 1984, S. 379; zum Begriff hinten S. 157.

¹⁷ Gleich in Oesterreich, vgl. OGH in SZ 1975 Nr.88; häufig hier auch das Synonym "Alleinvermittlungsauftrag", vgl. OGH in OeJZ 1982 S. 398; OGH in SZ 53, 1980, Nr. 117; OGH in SZ 1975 Nr. 60; OGH in SZ 25, 1952, Nr. 90.

¹⁸ Vgl. bei Krüger-Doyé, S. 49; S. 27: deren "Vorläufer" wie "unkündbar", "unentziehbar", "unwiderruflich", "fest an die Hand gegeben" sind allerdings weiter im Gebrauch.

¹⁹ Vgl. hinten 6.3.

²⁰ Vgl. dazu hinten 6.5.; Glaser/Warncke S. 199 Nr. 204; NJW 1981, 279; Dyckerhoff S. 137f.

²¹ Vgl. vor allem die im folgenden zitierte Rechtsprechung; die (spärliche) Literatur befasst sich weitgehend nur oberflächlich mit den Problemen; vgl. immerhin Guggenbühl S. 294ff; Turrettini p. 151ss.

²² BGE 100 II 361ff, 363; unveröffentlichter BGE v. 23.5.1978; SemJud 1965, p. 528; SemJud 1953, p. 280; SJZ 36, 1939/40, Nr. 224, S. 318; etc.

oder Exklusivitätsklausel (clause d'exclusivité) 22 findet man "Ausschlussklausel" 23 oder "Ausschliesslichkeitsklausel" 24. Auch der Begriff "Exklusivmäklervertrag" 25 oder der dem deutschen Recht nachempfundene "Alleinauftrag" 26 wird verwendet, wobei z.T. zu unrecht der Eindruck entsteht, diese beiden Begriffe seien zu unterscheiden 27. Französischsprachige Urteile sprechen vorwiegend von "mandat exclusif" 28. Daneben tauchen auch Begriffe wie "ausschliesslicher Verkaufsauftrag" 29, "Alleinverkaufsrecht" 30 oder "Alleinverkaufsauftrag" 31 auf. Die früher oft verwendete "auf alle Fälle-"Klausel 32 scheint ausser Gebrauch geraten zu sein.

Den verwendeten Klauseln geht materielle Unterscheidungskraft weitgehend ab. Die Bezeichnungen scheinen zufällig gewählt. Im folgenden soll daher aufgrund der oben vorgeschlagenen Zweiteilung in einfache und verschärfte Exklusivklausel Zulässigkeit, Inhalt und Rechtswirkungen solcher Klauseln untersucht werden. Soweit man Mäklerverträge, die eine dieser Klauseln enthalten, speziell benennen will, ist der Begriff "Exklusivmäklervertrag" ("contrat de courtage exclusif") Umschreibungen vorzuziehen, die eine Unterstellung unter das Recht des einfachen Auftrags suggerieren.

23 BGE 72 II 422.

24 BGE 103 II 131f; den Terminus "Ausschliesslichkeit" verwendet auch das Walliser Ausführungsreglement, Art. 16 I, IV, vgl. vorn Fn 9.

25 ZR 78, 1979, Nr. 66, S. 148.

26 BGE 97 II 355.

27 ZR 78, 1979, S. 148.

28 Sem Jud 1968, p. 135; SemJud 1964, p. 34; SemJud 1952, p. 536; RVJ 1980, p. 261ss.

29 SJZ 50, 1954, Nr. 74, S. 148.

30 ZR 42, 1943, Nr. 49, S. 165; Thurgau RechB OGer 1972, S. 66f.

31 BGE 78 II 435ff, 440; ZR 23, 1924, Nr. 66, S. 100.

32 Vgl. etwa SJZ 35, 1938/39, Nr. 12, S. 76.

6.2. Zulässigkeit

6.2.1. Einfache Exklusivklausel:

Die Schweizer Doktrin bejaht, mit Ausnahme Gautschis ³³, die Gültigkeit der einfachen Exklusivklausel durchwegs ³⁴. Nach verbreiteter kantonaler Rechtsprechung bestehen Einschränkungen. Die Exklusivklausel sei nur gültig, sofern zeitlich begrenzt, d.h. befristet ³⁵. Immerhin wurde die Befristung als gegeben betrachtet, auch wenn der Vertrag sich nach Ablauf einer bestimmten Frist (regelmässig 6 Monate) mangels Kündigung stillschweigend um weitere 6 Monate oder unbefristet erneuerte. Das Erfordernis klarer und zweifelsfreier Abfassung scheint einzig für die verschärfte Exklusivklausel von Bedeutung zu sein ³⁶.

Das Bundesgericht hat erst relativ spät, und bloss implizit, die Zulässigkeit der einfachen Klausel bejaht. "Will sich der Mäkler den ganzen Erfolg allein sichern, so kann er dies dadurch erreichen, dass er die Aufnahme einer Ausschlussklausel in den Vertrag verlangt" ³⁷. Nach eingehender Darstellung der Lehre und Rechtsprechung hält das Bundesgericht nunmehr fest, "la clause

³³ Gautschi 412 N 3a, b, e; N 6d, e; zur Begründung hinten unter 6.5.

³⁴ Oser/Schönenberger 412 N 35, 413 N 18f; Guggenbühl S. 294ff, 319; Turrettini p. 20, 151; Pfenninger in SJZ 46, 1950, S. 338.

³⁵ SemJud 70, 1948, p. 598ff; 1952, p. 477; 1953, p. 280 mit Verweisen; SJZ 50, 1954, Nr.74, S. 148; vgl. auch Art. 16 IV des Walliser Reglements (oben Fn 9): "Die Ausschliesslichkeit kann höchstens 6 Monate dauern"; vgl. Dehner §652 Rdn 2: Alleinauftrag müsse befristet oder kündbar sein; mangels Regelung habe der Richter eine angemessene Laufzeit festzusetzen.

³⁶ Vgl. SJZ 36, 1939/40, S. 318; dazu hinten Fn 63, S. 179.

³⁷ BGE 72 II 421ff, 422; vgl. auch BGE 97 II 355ff, 357 zu einer "Alleinauftrags" - Verpflichtung, "bezüglich der gleichen Liegenschaft mit Dritten keine Mäklerverträge abzuschliessen".

d'exclusivité, par laquelle le mandant s'interdit de recourir aux services d'un autre intermédiaire, est en soi parfaitement valable" 38. Einzige Voraussetzung sei Konsens der Parteien (OR 1). Besondere Klarheit oder eine Befristung seien nicht vorausgesetzt, insbesondere, da der Mäklervertrag ungeachtet der Klausel jederzeit widerrufbar bleibe 39.

Der herrschenden Auffassung ist zuzustimmen. Ausgehend vom Grundsatz der Vertragsfreiheit spricht nichts gegen die Zulässigkeit solcher Klauseln. Die Haltbarkeit vor OR 20 wird nicht mehr diskutiert 40. Die Frage, ob nicht der Auftraggeber, jedenfalls bei unbefristeter Klausel, zu sehr geknebelt würde, ist schon wegen der freien Widerrufbarkeit zu verneinen 41. Selbst bei Zulassung eines zeitlich beschränkten Widerrufsverzichts würde sich dies, infolge der unangetasteten Abschlussfreiheit, nicht ändern 42. Einschränkungen durch Befristungserfordernisse sind bundesrechtswidrig 43.

6.2.2. Verschärfte Exklusivklausel

Zur Zulässigkeit verschärfter Exklusiv- und Verweisklauseln scheinen Vorbehalte zu bestehen 44. Deren wahrer Sinn liege nicht in einem eigentlichen Tätigkeitsverbot zulasten des Auftraggebers, sondern darin, den Mäkler finanziell für den Fall abzusichern, dass dieser ohne seine Vermittlerdienste zum Erfolg

38 BGE 100 II 361ff, 363.

39 Vgl. hinten 6.5.

40 Vgl. aber noch SJZ 36, 1939/40, S. 318.

41 Vgl. SemJud 1953, p. 281f.

42 Vgl. vorn S. 93ff,; hinten S. 187ff.

43 OR 19 I; vgl. aber vorn Fn 35 zur kantonalen Rechtsprechung und Gesetzgebung.

44 Vgl. bei Guggenbühl S. 294ff.

kommt ⁴⁵. Die kantonale Rechtsprechung hat die Zulässigkeit eines Direktabschlussverzichts aber schon früh bejaht ⁴⁶. Das Walliser Reglement billigt sie ausdrücklich: " ..schuldet..der Auftraggeber die Kommission, selbst wenn dieser oder ein Dritter den Käufer gefunden haben" (Art. 16 IV). Auch das Bundesgericht hat keine Bedenken; solche Abreden seien "in sogenannten 'Alleinverkaufs-Verträgen' üblich und sollen dem Makler davor schützen, dass er Mühe und Auslagen umsonst auf sich nehme" ⁴⁷.

In Deutschland ist die Zulässigkeit der Makler-Alleinauftragsklausel auch mit Direktabschlussverzicht unbestritten ⁴⁸, allerdings nur in Individualverträgen, nicht in AGB ⁴⁹. Dies, weil sie dem Grundgedanken des § 652 insofern zuwiderlaufe, als "sie jedenfalls im Normalfall dazu führe, dass der Makler auch in den Fällen eingeschaltet werde (und eine sonst nicht anfallende Provision verdiene), in denen der Auftraggeber auch ohne den Makler

⁴⁵ Reichel S. 205f; darin unterscheidet sie sich aber nicht von der einfachen Exklusivklausel.

⁴⁶ Vgl. ZBJV 62, 1926, S. 27f; SJZ 35, S. 76; ZR 23, 1924, Nr. 66, S.101; SJZ 36, 1939/40, S.318; ZR 42, 1943, Nr.49, S. 165.

⁴⁷ BGE 78 II 435ff, 440; indirekt bestätigt in BGE 100 II 364 durch vorbehaltlose Anführung von SJZ 36, 1939/40 S. 318, wo die Klausel zugelassen wird.

⁴⁸ Schwerdtner, Kommentar §652 Rz 221; Sittenwidrigkeit wurde wiederholt verneint, vgl. bei Glaser/ Warncke, 205, Nr. 165; AIZ 1965, S. 77; AIZ 1966, S. 96; eine andere Frage ist die Sittenwidrigkeit von Provisionszusagen oder Konventionalstrafen im Falle der Verletzung der Alleinauftragsklausel, vgl. Glaser/ Warncke S. 213i).

⁴⁹ Vgl. den Wendepunktentscheid des BGH vom 8.5.1973 in NJW 1973, S. 1194: bei Verletzung der Verweisklausel sollte volle Provision geschuldet sein (sog. erweitertes Provisionsversprechen); dies sei eine Verdrängung des ausgewogenen Ausgleichs widerstreitender Interessen; vgl. auch die Kritik von Schulte in NJW 1974, S. 1217ff; Krüger-Doyé S. 113ff, 120: Verweisklausel sei als Schadenersatzpauschalierung zu verstehen.

zu einem Vertragsschluss gelangt wäre, die Tätigkeit des Maklers für ihn also nutzlos und entbehrlich gewesen sei", was auf eine "übersteigernde, missbräuchliche Berücksichtigung einseitiger Interessen des Maklers auf Kosten des Auftraggeber" hinauslaufe 50.

Direktabschlussverzicht muss zulässig sein. Unsittlichkeit kann jedenfalls nicht daraus hergeleitet werden, dass dem Auftraggeber die Hände gebunden würden, während der Makler nicht zum Tätigwerden verpflichtet sei 51. Solange jederzeitige Widerrufsmöglichkeit besteht, kann der Auftraggeber - durch beliebige Klauseln - nicht wirklich "gefesselt" werden 52.

Fragwürdig scheint lediglich - auf den ersten Blick - die Verweisklausel im reinen Nachweismäklervertrag 53. Dem Auftraggeber kann sinnvoll nur verboten werden, eigene Bemühungen zu unternehmen, beispielsweise selbst zu inserieren etc. Wendet sich dagegen ein Interessent ohne eigenes Zutun zuerst, und ohne vom Makler geschickt worden zu sein, an ihn, scheint die Verpflichtung, ihn dem Makler zu "übergeben", sinnlos. Erstmaliger Nachweis ist nicht mehr möglich. Die Exklusivklausel in der Form der Verweisklausel wird jedoch als (zulässige) Kausalitätsverzichtsabrede verstanden werden müssen 54.

Eine Einschränkung ist immerhin in Bezug auf die Erstreckung der Wirkung von verschärften Exklusivklauseln über die Dauer des Mäklervertrags hinaus zu machen. Diese kann nur beschränkt zugelassen werden. Zu recht stellte die Genfer Cour Civile sich die Frage, "si une telle stipulation pour un temps indéterminé n'est pas nulle en ce qui la concerne et même si elle ne doit pas avoir

50 BGH, Urteil v. 2. 11. 1983, in NJW 1984, S. 360.

51 So Reichel S. 206; vgl. hinten S. 190ff: nach herrschender Auffassung besteht Tätigkeitspflicht.

52 Vgl. auch Hofstetter S. 133; dagegen muss die Abrede auch im Schweizer Recht in AGB als ungewöhnlich und überraschend ("artfremd") bezeichnet werden.

53 Vgl. vorn Fn 8, S. 170.

54 Vgl. hinten 6.4.

comme effet de rendre entièrement nulle la clause d'exclusivité" 55. In der Verpflichtung, bei Beizug jedes "fremden" Mäklers auch in ferner Zukunft (pauschalierten) Schadenersatz zu leisten, läge eine sittenwidrige Einschränkung der Persönlichkeit des Auftraggebers 56.

6.3. Umfang der unbestimmten Exklusivklausel

Wird "Exklusivität" oder "Alleinauftrag" vereinbart ohne Festlegung des Umfangs der Klausel, und ergibt die Auslegung der übrigen Vertragsbestimmungen nichts, stellt sich die Frage, ob einfache oder verschärfte Exklusivklausel anzunehmen sei.

Ein Teil der Lehre nimmt an, Direktabschlussverzicht sei durchaus die Regel; der expliziten Erwähnung komme lediglich Klarstellungsfunktion zu 57. Reichel bezeichnet in diesem Sinn als "knapp, klar und zweifelsfrei auch die Wendung: dem Mäkler werde der "Alleinverkauf" des Objekts übertragen " 58. In den Formulierungen "Allein- oder Ausschliesslichkeitsrecht und "Kauflustige an den Mäkler zu verweisen" sei eine Garantiezusage auch für den Fall des Direktabschlusses enthalten 59. Guggenbühl sieht im Alleinverkaufsrecht eine Entschädigungsverpflichtung auch bei Direktabschluss 60.

55 SemJud 1952, p. 471ss, 477.

56 Vgl. auch BGH, Urteil v. 22.6.1966, NJW 1966, S. 2008; LG Hamburg, Urteil v. 13.5.1971, bei Glaser/Warncke S. 214 Nr. 172: Erstreckung nur auf jene Personen, "die bei Verweisungsklausel an den Makler verwiesen worden sind oder zu verweisen gewesen wären".

57 Vgl. Krüger-Doyé S. 107.

58 Reichel S. 205; dagegen kein Verzicht auf Direktabschluss durch die Klausel "fest an die Hand", S. 206; dazu auch Guggenbühl S. 295.

59 Guggenbühl S. 296.

60 Guggenbühl S. 295; a.A. Oser/Schönenberger 412 N 35 in fine.

Andere Autoren sprechen sich gegen die Möglichkeit des Verzichts anders als durch eindeutige Abrede aus ⁶¹. Nach Hofstetter hängt die Frage, ob der Alleinauftrag so zu verstehen sei, dass der Mäkler die Provision auch bei selbständigem Abschluss des Auftraggebers verdient habe, "vom Willen der Parteien ab und ist bei Unklarheit nach der Interessenlage zu beurteilen " ⁶².

Nach kantonomer Praxis kann aus der Verwendung einer bestimmten Formulierung noch nicht auf Verzicht des Direktabschlusses geschlossen werden. Voraussetzung sei einerseits, "que l'accord des parties ne laisse aucun doute sur ce point" ⁶³, zudem "que ladite clause soit limitée dans le temps" ⁶⁴. Als Provisionsgarantieklausel sei das "mandat d'exclusivité" restriktiv auszulegen ⁶⁵. Das Bundesgericht interpretierte in Anwendung der Regel "in dubio contra stipulatorem" den Ausdruck "exclusif" für sich allein nicht als Verzicht auf die Möglichkeit des Direktabschlusses ⁶⁶; der Auftraggeber sei bei "Alleinauftrag" nur verpflichtet, "bezüglich der gleichen Liegenschaft mit Dritten keine Mäklerver-

⁶¹ Thilo p. 66; Turrettini p. 153; Dürr S. 22.

⁶² Hofstetter S. 133, 3a).

⁶³ SJZ 36, 1939/40, Nr. 224, S. 318, Trib. cant. de Vaud; vgl. auch ZR 23, 1924, Nr. 66, S. 101f: "Alleinverkaufsauftrag" enthalte noch keinen Direktabschlussverzicht; SemJud 1968, p. 135ss: Bei Nichtmitteilung des Direktabschlusses wird der Auftraggeber jedoch haftbar "notamment pour le temps perdu à des démarches après la vente".

⁶⁴ Fribourg, Extraits 1977 p. 29ss, 30: Beweis des Einbezugs der conditions générales vaudoises misslungen; in dubio contra stipulatorem, p. 31.

⁶⁵ SemJud 1965, p. 528.

⁶⁶ Unveröffentlichter BGE v. 23.5.1978 E 2: schon "d'après le sens de ces termes, selon l'usage courant", untersage Exklusivität lediglich den Beizug anderer Mäkler, unter Verweis auf BGE 100 II 364f; BGE 97 II 357 .

träge abzuschliessen" 67. Die Walliser Regelung sieht dagegen vor, bei Ausschliesslichkeit sei Kommission auch geschuldet, wenn der Auftraggeber selbst "den Käufer gefunden habe" (Art. 16 III Reglement) 68.

Nach deutscher Lehre verpflichte Alleinauftrag den Auftraggeber auch, das Geschäft nicht selber abzuwickeln 69. Andernfalls sei die Sicherung illusorisch, da ein weiterer zugezogener Makler leicht verborgen werden könnte; für den Makler seien beide Fälle gleich; nur bei dieser Annahme bestehe eine äquivalente Gegenleistung des AG für die Tätigkeitspflicht des Maklers 70, daher entspreche diese Auslegung regelmässig dem Parteiwillen 71. Nach der Rechtsprechung des BGH sind sog. Eidengeschäfte auf jeden Fall zulässig 72. Selbst die Verbindung von "Allein- und Festauftrag" könne nicht ohne weiteres als Verzicht gedeutet werden 73. Dies ergebe sich aus dem üblichen Sprachgebrauch. Eine über den Schutz vor Maklerkonkurrenten hinausgehende Einschränkung des Auftraggebers müsste eindeutig erkennbar sein. Unklarheiten gingen zulasten des Maklers 74. Immerhin sei der Ausdruck "Allein-

67 BGE 97 II 357; vgl. auch BGE 43 II 654.

68 Vgl. vorn S. 171 Fn 9.

69 Reichel S. 205, S. 219; Schwerdtner S. 192, Rz 221; Krüger-Doyé S. 58f; Rust in MDR 1957 205; a.A. Knieper S. 1298; Soergel-Mormann § 652 Rz 14.

70 Vgl. hinten 6.6., S. 190.

71 Krüger-Doyé S. 59, Fn 50.

72 Für viele BGH, Urteil v. 2.11.1983, in NJW 1984, S. 360; gleich der österreichische OGH, vgl. SZ 53, 1980, Nr. 117 S. 511, zum "Alleinvertmittlungsauftrag"; dies ergibt sich allerdings (e contrario) aus Gesetz, vgl. "VO über Ausübungsregeln für Immobilienmakler" (BGBl 323/1978), § 9 Abs. 1 Ziff. 1 lit. b).

73 Glaser/Warncke S. 203 e; vgl. auch LG Mönchengladbach in NJW 1961, S. 2310.

74 Vgl. WM 1976, S. 534; Baumgärtel S. 478 Rz 3.

verkaufsvertrag" eher als Indiz für den Ausschluss zu betrachten als nur "Alleinauftrag" 75.

Der Regierungsentwurf sieht in § 653 Abs. 2 eine Schadenersatzpauschale von maximal 2,5% des Kaufpreises vor 76.

M.E. ist der Rechtsprechung gegenüber der Lehre der Vorzug zu geben. Führt die Auslegung aller Vertragsumstände zu keinem Ergebnis, hat der Richter gemäss dem hypothetischen Willen der Parteien die Vertragslücke zu schliessen 77. Abzustellen ist auf die "Natur des Geschäftes" 78 sowie auf die Interessenlage 79. Zu unterscheiden ist zwischen Ergänzung des individuell-konkreten Vertrags nach ZGB 4, und - bei einem typischen Fall - der mittelbaren Vertragsergänzung nach ZGB 1 II 80. Die Frage, ob Direktabschlussverzicht vorliege, stellt sich typischerweise bei jedem Exklusivmäklervertrag; dessen individuelle Eigenart erscheint als sekundär. Für die Bildung einer generell-abstrakten Regel ist davon auszugehen, dass Exklusivität den Makler zum Tätigwerden verpflichtet 81. Unangetastet bleiben Widerrufsrecht und Abschlussfreiheit des Auftraggebers. Die Frage ist, ob als "Gegenleistung" für die Tätigkeitspflicht der Schutz vor der Konkurrenz anderer Makler genügt. Dies ist zu bejahen. Der Makler darf nach

75 BGH in AIZ 1977, 57ff; vgl. Glaser/Warncke S. 202 b); vgl. vorn Oser/Schönenberger FN 57 S. 162.

76 Vgl. dazu Tonner in BB 1984, S. 241; Jung, ZIP 1984, S. 904ff.

77 Jäggi/Gauch N 485, 486, 498; die Rechtsprechung (vgl. vorn S. 179f) geht nicht soweit, sondern bleibt im Bereich der Auslegung, wo mittels der Unklarheitsregel entschieden wird; dazu Gauch/Schluep/Jäggi N 896-898.

78 Gauch/Schluep/Jäggi N 917; Keller/Schöbi S. 111f, 46: Ergänzung unbesprochener Nebenpunkte.

79 Hofstetter S. 133.

80 Gauch/Schluep/Jäggi N 920, 921; Merz ZGB 2 N 138.

81 Herrschende Meinung, vgl. hinten 6.6., S. 190.

Treu und Glauben nicht davon ausgehen, der Auftraggeber verzichte darauf, seine Eigeninteressen selbst wahrnehmen zu dürfen. Dem Erfordernis eines gerechten Interessenausgleichs ist Genüge getan, wenn der Makler der einzige "Aussenstehende" bleibt, der auf den Hauptvertragsabschluss hinarbeiten darf und muss. Von einseitiger Belastung des Maklers kann nicht gesprochen werden⁸². Das Risiko, dass der Auftraggeber sein Geschäft auch ohne Hilfe abwickeln kann, hat er zu tragen. Es wäre unbillig, jenem die Chance zu nehmen, auch ohne finanziell belastenden Beistand abschliessen zu können, wenn sich diese Möglichkeit bietet. Dies gilt unabhängig davon, welche Möglichkeiten und Fähigkeiten der Auftraggeber zu eigener Tätigkeit hat⁸³. Der Einwand, Drittmakler könnten leicht verheimlicht werden, ist nicht stichhaltig. Jeder Vertragsbruch wird dem böswilligen Auftraggeber schwer nachzuweisen sein.

Im Ergebnis ist somit der Rechtsprechung zu folgen. Ungeachtet des "sprachlichen Gehalts"⁸⁴ einer Exklusivabrede ist mangels Feststellung des tatsächlichen Parteiwillens davon auszugehen, dass Direktabschluss weiter zulässig bleibt. Bei unklarer Formulierung (wozu die blossе Verwendung des Ausdrucks gehört) durch den Makler selbst bleibt es bei der für den Makler "schlechteren" Variante⁸⁵.

⁸² So aber Schwerdtner S. 191ff, Rz 221f; dies gilt erst recht, wenn Tätigkeitspflicht abgelehnt wird; vgl. hinten S. 193f.

⁸³ Je grösser diese sind, je weniger wird sich der Auftraggeber diese verbauen wollen; aber auch der auf Vermittlung Angewiesene wird sich dies vorbehalten wollen.

⁸⁴ BGH in NJW 1961, S. 307.

⁸⁵ Vgl. unveröffentlichter BGE v. 23.5.1978, E 2; auch Fribourg, Extraits 1977 p. 31.

6.4. Verzicht auf das Kausalitätserfordernis?

Durch Einschaltung eines Drittmäklers oder direkten Hauptvertragsabschluss ohne Beizug des Mäklers besteht für diesen die Gefahr, dass seine Anstrengungen selbst bei Abschluss mit einem ihm nachgewiesenen oder bearbeiteten Interessenten zumindest nicht mehr allein-ursächlich sind. Bei Abschluss mit "fremden" Interessenten ist der Provisionsanspruch ganz verloren. Verzichtet der Auftraggeber mit der Exklusivitätsklausel auf den Nachweis kausaler Tätigkeit 86?

Die h.L. lehnt diesen Schluss ab. Es sei lediglich so, "dass die Abrede oft in Verbindung mit einem Verzicht auf Widerruf oder Selbstabschluss (oder beides) getroffen wird" 87. Ein direkter Zusammenhang zwischen Ausschliesslichkeitsklausel und Abbedingung des Kausalität bestehe nicht 88. Im Verzicht des Auftraggebers auf Selbstabschluss liege zwar oft "eine Provisionsgarantie im Sinne des Verzichts auf einen Kausalzusammenhang"; ob aber "der Alleinauftrag in diesem Sinne zu verstehen ist, hängt vom Willen der Parteien ab" 89. Das Bundesgericht vertrat schon in einem Entscheid, in dem aufgrund weiterer Vertragsklauseln offensichtlich Kausalität gefordert blieb, die Auffassung, in der Verwendung des Begriffs Alleinauftrag liege noch kein Verzicht auf den Kausalzusammenhang 90. Wenig später legte es eine Klausel nur deshalb im gegenteiligen Sinn aus, weil sie Teil eines Formularvertrags war, der klarstellte, dass die Exklusivitätsklausel den

86 Zur Frage, ob die Zuziehungsklausel immerhin Gelegenheit zu mitursächlicher Tätigkeit geben soll, vgl. Krüger-Doyé S. 109.

87 Reichel S. 233; vgl. auch Oser/Schönenberger 413 N 18, 19.

88 Dürr S. 48; Guggenbühl (indirekt) S. 290; von Büren, S. 217, zu "Alleinverkaufsauftrag"; er bejaht aber Provision bei Selbstabschluss.

89 Hofstetter, S. 133 N 3a),b), unter Berufung auf BGE 97 II 357.

90 BGE 97 II 355; ausdrücklich bestätigt im unveröffentlichten BGE v. 23.5.1978, E 2b-d, S. 9f.

Verzicht auf das Kausalitätserfordernis miteinschliessen soll 91. Das Freiburger Appellationsgericht hielt dagegen fest, "la clause d'exclusivité insérée dans un contrat de courtage implique la renonciation contractuelle à l'exigence d'un lien de causalité" 92.

Nach deutscher Lehrmeinung wird durch Alleinauftrag dem Makler Provision soweit unabhängig von der Kausalität gesichert, als der Auftraggeber selbst oder mit von anderen Mäklern zugeführten Interessenten abschliesse 93. Die Bedeutung des Alleinauftrags liege gerade darin, dass der Auftraggeber zur Provisionszahlung auch verpflichtet sei, wenn Ursächlichkeit nicht vorliegt oder nicht nachgewiesen werden kann 94. Für den BGH dagegen weicht der Alleinauftrag " aber von dem gesetzlichen Leitbild des Maklervertrags (BGB 652) in dem entscheidenden Punkt nicht ab, dass der Maklerlohn nur geschuldet wird, wenn die Tätigkeit des Maklers für das zustandegewordene Geschäft ursächlich geworden ist" 95. Dies ändere sich aber bei Vereinbarung einer "Verweisungs- und Hinzuziehungsklausel 96. Im Bereich des Wohnungsvermittlungsgesetzes ist Ursächlichkeit grundsätzlich nicht abbedingbar 97.

Die Problematik liegt m.E. darin, dass mit im Ansatz unterschiedlichen Vereinbarungen (Exklusivität und Kausalitätsverzicht)

91 BGE 100 II 361ff, 365, E 33.

92 Fribourg, Extraits 1977 p. 29 (Urteil v. 16.11.1977); a.A. SemJud 1953, p. 283.

93 Schwerdtner S. 173, sog. erweitertes Provisionsversprechen, S. 197; Knieper S. 1297; Krüger-Doyé S. 60,64; Dyckerhoff S. 56; unklar LG Hamburg, Urteil v. 13.5.1971, bei Glaser/Warncke Nr. 155, S. 195.

94 Glaser/Warncke S. 201 Nr. 161 u).

95 Urteil vom 8.5.1973, in NJW 73, 1194; dagegen ohne weiteres für Wegbedingung der Ursächlichkeit der österreichische OGH in SZ 1975 Nr. 60 S. 296.

96 BGH, Urteil v. 26.2.1981, in DB 1981, S. 1280.

97 Gesetz vom 4.11.1971 (BGBl I S. 1747), § 2 Abs.1 i.V.m. Abs.5.

dasselbe Ergebnis angestrebt wird: bessere "Sicherung" des prekären Mäklerprovisionsanspruchs. Entscheidend ist, welche Rechtsfolge nach Parteimeinung der Bruch der Exklusivität nach sich ziehen soll. Wird für diesen Fall, immer unter der Voraussetzung des Zustandekommens des Hauptvertrags, Provision versprochen, muss mangels gegenteiliger Indizien Kausalitätsverzicht angenommen werden ⁹⁸. Soll eine feste Summe ⁹⁹ bezahlt werden, die betragsmässig unter der Provision liegt, ist diese als Konventionalstrafe zur Sicherung der Konkurrenzschutzklausel zu qualifizieren. Auf jeden Fall verletzt der Auftraggeber eine Unterlassungspflicht. (Indirekte) Sanktion ist im ersten Fall Zahlung der vollen Provision an den Verletzten, im zweiten der vereinbarten Vertragsstrafe. Der deutsche Entwurf (E § 653 BGB) lässt nur die Vereinbarung eines pauschalierten Schadenersatzanspruchs (2,5% des Kaufpreises) zu. Ein Anspruch auf volle Provision wird v.a. deshalb abgelehnt, weil dem beim Alleinauftrag für den Mäkler herabgesetzten Risiko der Erfolglosigkeit ein entsprechend verminderter Provisionssatz entsprechen müsste ¹⁰⁰.

Wenn die Verletzungsfolgen nicht geregelt wurden, wird von Bedeutung, dass Abbedingung der Provisionsvoraussetzungen von OR 413 I nicht nur ausdrücklich, sondern auch konkludent möglich ist ¹⁰¹.

⁹⁸ Vgl. die ausdrückliche Formulierung in RVJ 1980, p. 263; Thurgau, RechB OGer 1972, S. 66f: "sog. Alleinverkaufsrecht mit reiner Erfolgsprovision"; BGE in SemJud 1973, p. 298ss; vgl. auch BGE 100 II 366; Beispiel Nr. 5a bei Krüger-Doyé S. 157; dass der BGH Provisionsabreden regelmässig als Vertragsstrafen qualifiziert, hat primär AGB-rechtliche Gründe, vgl. etwa Urteil vom 15.12.1976, in NJW 1977, S. 624.

⁹⁹ Vgl. bei Krüger-Doyé S. 157, Nr. 5c.

¹⁰⁰ Vgl. Tonner, BB 1984, S. 244; Wank, DB 1979, S. 1877, 1880.

¹⁰¹ Vgl. vorn S. 123ff; im Kanton Wallis gilt dispositiv Art. 16 IV des Reglements, vorn Fn 9: Provision ("Kommission") geschuldet.

Nichts zwingt dazu, zum vornherein nur die Variante Vertragsverletzung mit Schadenersatzfolge nach OR 98 II in Betracht zu ziehen 102. Der zur Tätigkeit verpflichtete Mäkler 103 strebt wirksamen Schutz an. Bei Annahme eines blossen Schadenersatzanspruchs besteht dieser jedoch nicht, da der Schadensnachweis nicht erbracht werden kann. Dem Mäkler entgeht lediglich eine Chance 104, nicht voraussehbarer Gewinn in Höhe der für den Erfolgsfall versprochenen Provision. Auch ohne Vertragsbruch wäre völlig unsicher, ob dem Exklusivmäkler ein Nachweis überhaupt gelungen wäre, und ob der Auftraggeber überhaupt abgeschlossen hätte.

Dies erkennt auch die deutsche Lehre und Rechtsprechung. Der von ihr vertretene Ausweg scheint mir jedoch dogmatisch nicht haltbar. Dem Mäkler sei Schadenersatz in Höhe der Provision zuzusprechen, wenn er glaubhaft nachweise, dass er einen geeigneten Interessenten gefunden oder an Hand gehabt hätte, den abzulehnen der Auftraggeber keinen Grund gehabt hätte 105. Der Begriff des entgangenen Gewinns wird überspannt. Auch Ersatz jener Aufwendungen, die dem Mäkler seit dem vertragswidrigen Beizug des Drittmäklers erwachsen sind, kann nicht ohne Abrede zugesprochen werden; sie werden im Rahmen der Vertragserfüllung getätigt und stellen keinen Schaden dar. In der Exklusivklausel liegt keine konkludente Abrede über Aufwendungsersatz im Misserfolgsfall. Trotz Tätigkeitspflicht bleibt der Vertrag - ausschliesslich - erfolgsbezogen 106.

102 Vgl. ZR 23, 1924, Nr. 66, S. 100ff.

103 Vgl. hinten 6.6.

104 Nach BGH eine Anwartschaft, vgl. bei Soergel-Mormann § 652 Rz 27; diese entsteht mit Abschluss des Maklervertrags.

105 Vgl. Glaser/Warncke Nr. 161, S. 201; Soergel-Mormann § 652 Rz 15; Krüger-Doyé S. 87ff; ähnlich der Entwurf, vgl. Tonner, BB 1984, S. 244; für die Schweiz SemJud 1953, p. 280, 283; Guggenbühl S. 296: "Wahrscheinlichkeitsbeweis".

106 A.A. OLG Hamm, Urt.v.17.5.1973, in NJW 1973, S. 1976, mit der Begründung, der Alleinauftrag trage "auftragsähnliche" ./.

Läge in der Verletzung der Exklusivklausel nichts anderes als eine "gewöhnliche" Vertragsverletzung mit potentiellen Schadenersatzfolgen, so bliebe sie für den Auftraggeber im Ergebnis meist ohne Folgen. Dies kann jedoch nicht die Absicht vernünftiger und korrekter Parteien gewesen sein, die eine Rechtsfolgeregelung bedacht hätten 107. Sinnvoll wäre die Abrede des Kausalitätsverzicht oder einer Konventionalstrafe gewesen. Die Annahme der zweiten Variante zwänge allerdings dazu, auch deren Höhe nach dem hypothetischen Parteiwillen zu bestimmen, was praktisch undurchführbar ist. Andererseits wäre bei Annahme von Kausalitätsverzicht die Provision grundsätzlich in voller Höhe 108 geschuldet, was auch nicht ohne weiteres als Parteiwillen unterstellt werden kann. Die m.E. überzeugendste Lösung bietet der österreichische OGH, der im Alleinauftrag die Zusicherung der Provision im Fall der Vertragsverletzung sieht, diese aber als "der Vertragsstrafe angenäherte Vereinbarung" qualifiziert, die daher herabsetzbar sei 109.

6.5. Exklusivklauseln und Widerrufsverzicht

Auch für Exklusivmäklerverträge wird von der herrschenden Schweizer Lehre und Rechtsprechung die Möglichkeit, auf das jederzeitige Widerrufsrecht zu verzichten, ausdrücklich oder implizit ver-

Züge; BGB 675, 670 seien analog anwendbar; für Auslagen- und Bemühungsersatz auch Guggenbühl S. 296.

107 Vgl. auch vorn S. 181.

108 Da Erfolgsprovision, kann geringe bzw. fehlende Tätigkeit und Ursächlichkeit im Rahmen von OR 417 nicht berücksichtigt werden, vgl. aber auch hinten S. 242f.

109 OGH, Urteil v. 17.9.1980, in SZ 53, 1980, Nr. 117, S. 511ff; abgelehnt aber in SemJud 70, 1948, p. 598ss; unhaltbar jedenfalls SJZ 36, 1939/40, S. 318, wo im Zweifel über die Verletzungsfolgen Ungültigkeit der Klausel angenommen wurde.

neint ¹¹⁰. Eine solche Abrede erscheine gerade in Verbindung mit einem Alleinverkaufsrecht besonders gefährlich, weil einerseits die "Parität der Vertragsparteien" zuungunsten des Auftraggebers verletzt werde, anderseits der Makler nicht zur Tätigkeit gezwungen werden könne ¹¹¹. Dem an sich ungültigen Verzicht werden anderseits doch gewisse Rechtswirkungen zugebilligt. Er sei als zur Unzeit erfolgt zu betrachten, mit entsprechender Schadenersatzverpflichtung ¹¹². Umgekehrt werde durch blosse, wenn auch regelmässig befristete, Exklusivabrede das Widerrufsrecht aber noch nicht beeinträchtigt ¹¹³.

Der Alleinauftrag im deutschen Recht impliziert jedenfalls, wenn er befristet ist ¹¹⁴, auch ohne besondere Abrede den Verzicht auf das freie Widerrufsrecht ¹¹⁵. Im Widerrufsverzicht liegt nach österreichischer Auffassung geradezu das Hauptunterscheidungskriterium zwischen Alleinvermittlungsauftrag und gewöhnlichem Maklervertrag ¹¹⁶. Der Verzicht selbst muss jedoch zeitlich be-

¹¹⁰ Absolut h.M.: Oser/Schönenberger 412 N 32ff; Hofstetter S. 132f; Gautschi 412 N 3e; Guggenbühl S. 134; BGE 103 II 131; Thurgau, RechB OGer 1972, S. 67; a.A. nur ZR 33, 1934, Nr. 100, S. 231ff; vgl. zum ganzen vorn S. 148ff.

¹¹¹ Reichel, S. 206; vgl. auch vorn S. 154 Fn 31.

¹¹² Oser/Schönenberger 404 N 34; Guggenbühl S. 139: "Kündigung zur Unzeit ist regelmässig bei Nichteinhaltung einer an sich ungültigen Kündigungsbeschränkung.. anzunehmen"; Friedrich S. 479; Dürr S. 27.

¹¹³ BGE 100 II 365; vgl. auch ZR 42, 1943, S. 167.

¹¹⁴ Ueblich: 6 Monate, vgl. etwa NJW 1966, S. 887; so ausdrücklich Entwurf § 653 BGB; so auch Walliser Reglement Art. 16 IV.

¹¹⁵ BGH, 14.5.1969, bei Glaser/Warncke Nr. 187 a) S. 232; Soergel-Mormann § 652 Rz 14: sogar in erster Linie; nach Krüger-Doyé, S. 57 Fn 37, ergibt sich das gleiche Resultat auch ohne Befristung nach Vertrauensprinzip.

¹¹⁶ OGH, in SZ 53 Nr. 117, S. 515; SZ 1975 Nr. 60; S. 295; OeJZ 1982, S. 398.

schränkt sein; andernfalls wird Unsittlichkeit angenommen. Mangels entsprechender Abrede gelte eine angemessene Frist als vereinbart ¹¹⁷. Zwingend vorbehalten bleibt das Recht zur ausserordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund, das nicht durch Vertragsstrafen beschwert werden kann ¹¹⁸. Umstritten ist, welche Folgen der Bruch der Widerrufsverzichts-klausel durch den Auftraggeber auslöst ¹¹⁹. Aus deutscher Sicht ist es gerade der Widerrufsverzicht, der zu engerer Bindung der Maklervertragspartner und indirekt zur Tätigkeitsverpflichtung führt ¹²⁰.

Im Schweizer Recht wird trotz der jederzeitigen Widerruflichkeit die Bindung als eng genug betrachtet, um Tätigkeitspflicht zu begründen ¹²¹. Dies ist zwar vertretbar ¹²². Dennoch wäre es konsequenter, einen zeitlich begrenzten Widerrufsverzicht zuzulassen ¹²³. Die vertraglichen Bindungen sind erheblich verstärkt (Tätigkeitspflicht, Treuepflichten), das Kontinuitätsinteresse des zur sofortigen und intensiven Tätigkeit verpflichteten Mäklers kann nicht negiert werden. Vorbehalten bleiben muss der jederzeitige Widerruf aus wichtigem Grund. Ein solcher läge nicht nur in treuwidriger Tätigkeitsvernachlässigung, sondern auch im objektiven Umstand, dass trotz Bemühungen keine befriedigenden Resultate erbracht werden.

¹¹⁷ Schwerdtner S. 178; Tonner, Verbraucherschutz, S. 62; a.A. Krüger-Doyé S. 40.

¹¹⁸ BGH, Urteil v. 1.7.1970, in NJW 1970, S. 1915; Krüger-Doyé S. 34.

¹¹⁹ Vgl. Glaser/Warncke S. 230; Krüger-Doyé S. 40.

¹²⁰ Vgl. Krüger-Doyé S. 31.

¹²¹ Zweifelnd nur Hofstetter S. 133; a.A. Reichel S. 206.

¹²² Vgl. hinten 6.6.

¹²³ Vgl. vorn zu OR 404, S. 153ff.

6.6. Tätigkeitspflicht als Folge der Exklusivabrede?

Ohne entsprechende Klausel ist der Makler nicht verpflichtet, die verabredete Tätigkeit aufzunehmen ¹²⁴. Der Auftraggeber soll und muss darauf bauen, dass der Anreiz, Provision zu verdienen, genügt. Andernfalls kann er jederzeit weitere Makler beiziehen oder selbst aktiv werden. Dies ist ihm aber bei Exklusivabreden ¹²⁵ verwehrt. Wäre es zumutbar, ihn auch hier im Ungewissen zu lassen, ob und in welchem Umfang der Makler tätig wird?

Nach Guggenbühl ¹²⁶ rechne der Auftraggeber bei Vereinbarung eines Alleinverkaufsrechtes "bestimmt auf ein Wirken des Maklers". Offen bleibt, ob schon die Verwendung des Begriffs genüge, oder ob weitere Vertragsumstände diesen Schluss aufdrängen müssten ¹²⁷. Dem Makler sei jedenfalls eine angemessene Frist zur Aufnahme der Tätigkeit zuzugestehen ¹²⁸. Hofstetter bezweifelt, ob die Annahme einer Tätigkeitspflicht überhaupt notwendig sei, da das jederzeitige Widerrufsrecht den Auftraggeber genügend schütze. Zudem sei die Tätigkeitspflicht schwierig zu konkretisieren ¹²⁹. Reichel lehnt es ab, aus der Ausschlussklausel eine Tätigkeitspflicht herzuleiten, da die Erfüllung dieser Verpflichtung effektiv nicht erzwingbar sei ¹³⁰.

Das Bundesgericht hat sich in einem jüngeren Entscheid ¹³¹ zur

¹²⁴ Vgl. vorn S. 126, 65ff, 22.

¹²⁵ Für diese Frage braucht nicht zwischen einfacher und verschärfter Klausel unterschieden zu werden.

¹²⁶ S. 42.

¹²⁷ So Antognazza, S. 16 Fn54: Indiz für stillschweigende Abrede.

¹²⁸ Guggenbühl S. 298.

¹²⁹ S. 133 Nr. 3c; Fn 6; unter Berufung auf BGE 103 II 133f.

¹³⁰ S. 206; mit diesem Argument wird schon Tätigkeitspflicht beim Normalmaklervertrag abgelehnt; vgl. auch Schönenberger/Jäggi N 46.

¹³¹ BGE 103 II 129ff; kantonale Entscheide finden sich nur zu ausdrücklichen Tätigkeitsabreden, vgl. ZBJV 62, 1926, S. 27; ZBJV 70, 1934, S. 438ff.

Frage ausgesprochen . Trotz Exklusivklausel wurde ein Drittmäkler beigezogen. Auf Beschwerde des Exklusivmäklers antwortete der Auftraggeber mit dem Widerruf des Mäklervertrags. Ersterer klagt auf Zahlung der vereinbarten Konventionalstrafe. Der Auftraggeber macht geltend, der Mäkler habe ebenfalls gegen den Vertrag verstossen, indem er die sich aus der Ausschliesslichkeit ergebende Tätigkeitspflicht missachtet habe, weshalb er seinerseits einen (verrechenbaren) Anspruch auf Konventionalstrafe habe.

Der Einwand des Auftraggebers wurde abgewiesen, obwohl der Mäkler offensichtlich trotz eines Auftragsvolumens von immerhin Fr. 4,5 Mio nur geringe Tätigkeit entfaltet hatte ¹³² und eine Verpflichtung zu intensiver Tätigkeit sich bereits aus den Vertragsumständen ¹³³ ergab. Insbesondere war dem Mäkler bekannt, dass dem Auftraggeber an raschem Verkauf gelegen war ¹³⁴. Dem Mäkler wurde aber zugute gehalten, dass der Vertrag "volle zwei Monate vor dem Zeitpunkt, auf den ..die Verkäufe erfolgen sollten" ¹³⁵ widerrufen wurde. Offen blieb, ob die Exklusivklausel an sich genügt hätte, um eine Tätigkeitsverpflichtung zu begründen, ebenso die Frage des Umfangs dieser Vertragspflicht.

Im deutschen Recht steht ausser Zweifel, dass der Makler im Alleinauftrag zur Tätigkeit verpflichtet ist, und grössere Anstrengungen zu erbringen hat als im Normalfall ¹³⁶. Unter Be-

¹³² Die Auffassung der Vorinstanz, die geringe Tätigkeit genüge, sei jedenfalls nicht willkürlich, vgl. S. 134.

¹³³ Insbesondere aus der Vertragsklausel mit der OR 398 II nachempfundenen Verpflichtung, "die Interessen des Verkäufers mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu wahren", S.133.

¹³⁴ BGE 103 II 134, E3.

¹³⁵ S. 134, E3.

¹³⁶ Der BGH erstmals in NJW 1966, S. 1405; vgl. auch Urt. v. 20.3.1985, in NJW 1985, S. 2477f; vgl. Krüger-Doyé S. 50 Fn 8, 9; Glaser/Warncke S. 202 x), S. 225f: Ausschluss der Tätigkeitspflicht gilt als sittenwidrig; daher liege "insoweit ein Vertragstyp eigener Art vor", Schwerdtner, Kommentar vor §652 Rz 10.

rufsmaklern gilt dies als Standespflicht ¹³⁷. Der Makler habe sich, infolge der "weiterreichenden Bindung des Auftraggebers" ¹³⁸, nach Kräften darum zu bemühen, den nach der Marktlage günstigsten Preis zu erzielen ¹³⁹, die Interessen des Auftraggebers rege, intensiv und mit ganzer Kraft wahrzunehmen ¹⁴⁰. Der genaue Umfang dieser Verpflichtungen sei weiteren vertraglichen Abreden und den Umständen zu entnehmen ¹⁴¹. Der Beweis mangelnden Einsatzes wird allerdings auch hier als schwierig erachtet ¹⁴². Umstritten ist, ob infolge dieser weitreichenden Maklerpflichten der (unvollkommen zweiseitige) Maklervertrag zu einem (synallagmatischen) Maklerdienstvertrag werde ¹⁴³. Gemäss Regierungsentwurf (E § 653 III) soll Tätigkeitspflicht unabdingbar werden ¹⁴⁴.

Im Zusammenhang mit einer echten, weitreichenden Bindung des Auftraggebers überzeugt m.E. die Annahme einer Tätigkeitspflicht ohne weiteres. Diese dem deutschen Konzept zugrundeliegende Voraussetzung ist jedoch für das Schweizer Recht fraglich. Darf sich

¹³⁷ Vgl. bei Schwerdtner S. 183 FN 61; Rust in MDR 1957, S. 205, der sogar Verkehrsitte annimmt; Krüger-Doyé S. 51.

¹³⁸ Oesterreichischer OGH in SZ 48 Nr. 60, S. 295.

¹³⁹ Krüger-Doyé S. 31; OeOGH, Urt.v.16.12.1981, OeJZ 1982, S.398.

¹⁴⁰ Schwerdtner S. 183; Dyckerhoff S. 54; Glaser/Warncke S. 226 Nr. 180 o).

¹⁴¹ Dyckerhoff S. 55; der Makler-Alleinauftrag ist aber im allgemeinen nicht auf "regelmässige" Dienstleistungen gerichtet, vgl. BGH, Urt. v. 26.2.1981, in MDR 1981, S. 653.

¹⁴² Schwerdtner S. 184.

¹⁴³ So BGH, Urteil v. 26.2.81 in MDR 81, S. 653; vgl. schon RG in JW 1915, S.1351: "Maklerdienstverträge" unterstünden den allgemeinen Regeln des Dienstvertrages, "fallen zugleich aber auch unter die Sondervorschriften des Maklervertrages"; Dehner vor §652 Rdn 1; vgl. auch Tonner in ZMR 1979, S. 3; Vollkommer, S. 271f: unvollkommen zweiseitig; vgl. auch Reich §§ 652-654 N 31.

¹⁴⁴ Vgl. Tonner in BB 1984, S. 241.

bei objektivierter Vertragsauslegung der vernünftige und korrekte Auftraggeber, der ja keinen weiteren Makler einschalten darf, darauf verlassen, dass der Exklusivmakler kraft vertraglicher Verpflichtung, nicht bloss aus Interesse an der Provision, tätig wird? Muss der Makler davon ausgehen, dass der Auftraggeber dies von ihm erwartet? Man ist geneigt, dies zu bejahen. Schon beim Normalmaklervertrag wird der durchschnittliche Auftraggeber oft ohne weiteres annehmen, der Vertrag bringe (greifbare) Rechte und Pflichten auch für den Makler ¹⁴⁵. Exklusivität dürfte verstärkt den Eindruck einer echten Bindung erwecken. Der Auftraggeber wird regelmässig davon ausgehen, er müsse und dürfe einem einzigen Makler vertrauen; auch dürfte er sich der (finanziellen) Folgen eines Vertragsbruchs bewusst sein.

Diese Ueberlegungen übersehen jedoch, dass objektiv solange von einem Abhängigkeitsverhältnis im Maklervertrag keine Rede sein kann, als nach herrschender Auffassung jederzeitige Widerrufbarkeit auch hier zwingend ist. Jedenfalls kann die deutsche Begründung der Tätigkeitspflicht, welche allein (als "Gegenleistung") eben dieses Abhängigkeitsverhältnis rechtfertigen könnte, nicht beigezogen werden. Aber auch "subjektiv", d.h. im Rahmen des Vertrauensprinzips, ist davon auszugehen, dass der fiktive "vernünftige und korrekte" Auftraggeber sich bewusst sein muss, dass die Exklusivitätsklausel ihm nicht verbietet, den Maklervertrag jederzeit zu widerrufen. Ebenso darf und muss auf der anderen Seite der Exklusivmakler jederzeit mit einem solchen Widerruf rechnen.

Das Exklusivitätsversprechen bringt, was beiden Parteien bewusst sein muss, tatsächlich nichts als eine einseitige Bevorzugung des Maklers, die jedoch dessen prekäre Stellung nur unwesentlich verbessert. Die Annahme einer Tätigkeitspflicht lässt sich m.E. dogmatisch nicht halten.

¹⁴⁵ Die Rechtsfigur des unvollkommen zweiseitigen Vertrags mutet im Geschäftsleben eher fremd an; der Makler hat keine Aufklärungspflicht, i.d.R. auch keinklärungsinteresse bezüglich der fehlenden Tätigkeitspflicht.

Zudem ist im geltenden Recht mit der Statuierung einer Tätigkeitspflicht (als Nebenpflicht ¹⁴⁶) nichts gewonnen. Eine Schadenersatzklage (oder Einrede) aus Vertragsverletzung (Treuepflichtverletzung) scheint wenig erfolgversprechend ¹⁴⁷. Erfolgreiche Mäklertätigkeit lässt sich nicht erzwingen ¹⁴⁸. Eine Garantie dafür gibt auch der Exklusivmäkler nicht.

Eine Leistungsklage des Auftraggebers kommt regelmässig schon aus Zeitgründen nicht in Betracht; sie wäre zudem kaum vollstreckbar ¹⁴⁹.

Die Annahme einer Tätigkeitspflicht ist auch im Blick auf die Bestimmung ihres Umfangs (OR 398 I i.V.mit 412 II) problematisch. Wie wäre dieser im Einzelfall zu bestimmen? Anhand der Art und der Grösse des Objekts, nach der Bedeutung des Auftrags für den Auftraggeber? Dürfte der Einsatz bestimmter, objektiv betrachtet optimaler Werbemittel und Informationskanäle in angemessener Intensität gefordert werden ¹⁵⁰? Wäre bei Direktabschlussverzicht ein strengerer Massstab anzulegen als bei einfacher Exklusivklausel? Kann sofortige Tätigkeitsaufnahme verlangt werden, und unter welchen Umständen? Ergäbe sich weiter die Verpflichtung für den Mäkler, den (einseitig) für den Auftraggeber günstigsten Abschluss anzustreben ¹⁵¹?

¹⁴⁶ Kein Synallagma; OR 107 ist nicht anwendbar.

¹⁴⁷ Was BGE 103 II 129ff, vgl. vorn S. 190f, belegt; vgl. auch Krüger-Doyé S. 81.

¹⁴⁸ Vgl. Glaser/Warncke Nr. 179g, S. 222; andererseits berechtigt auch auch Widerruf trotz voller und erfolgversprechender Tätigkeit den Mäkler kaum je zur Geltendmachung von Schadenersatz (OR 404 II).

¹⁴⁹ Vgl. BGE 103 II 129ff; keine Pflichtverletzung, obwohl nach 4 Monaten kein Erfolg absehbar.

¹⁵⁰ Vgl. BGE 103 II 134, wo selbst minimalste Tätigkeit als noch genügend taxiert wurde; in der Wahl der Werbemittel sei (auch) der Exklusivmäkler ohnehin frei; BGE 84 II 527; Gautschi 412 N 8a; vgl. auch Krüger-Doyé S. 51f.

¹⁵¹ Soweit sich das Problem angesichts der Verantwortlichkeit des

Diese Fragen werden m.E. erst dann relevant, wenn das Dogma der jederzeitigen Widerrufbarkeit fällt. Erst bei Zulassung eines (zeitlich zu beschränkenden) Widerrufsverzichts wird die Annahme einer Tätigkeitsverpflichtung sinnvoll und praktikabel. Die Verletzung dieser Pflicht, nicht dagegen blosser Erfolglosigkeit, berechtigte den Auftraggeber nur - aber immerhin - zum Rücktritt aus wichtigem Grund 152.

6.7. Exklusivklausel und Doppelvermittlung

Nach OR 415 ist Provision verwirkt bei Tätigkeit auch zugunsten des Hauptvertragspartners, wenn diese gegen den Mäklervertrag verstösst oder mit Treu und Glauben unvereinbar ist. Kann der Exklusivmäkler nur mit Zustimmung des Auftraggebers einen Mäklervertrag auch mit dem Hauptvertragspartner schliessen, oder bleibt ihm dies, wie beim Normalmäklervertrag, grundsätzlich unbenommen?

Im deutschen Recht schliesst Alleinauftrag infolge des engen Vertrauensverhältnisses Doppeltätigkeit aus, soweit sich der Makler im zweiten Vertrag zu eigentlicher Vermittlungstätigkeit verpflichtet 153. Eine Provision, die sich der Makler vom Käufer versprechen lasse, müsse letztlich vom Kaufpreis abgehen, womit nicht mehr der für den Auftraggeber/Verkäufer optimale Verkaufserlös erreicht werde 154. Eine neutrale Gleichbehandlung beider Auftraggeber stehe, soweit beidemale Vermittlungsaufträge vorlie-

Auftraggebers für den Abschluss überhaupt stellt; vgl. zum Problem des optimalen Abschlusses das Urt. des BGer vom 31.1.1984 in SemJud 1985 p. 69ss; auch vorn S. 26 Fn 32.

152 A.A. Guggenbühl, S. 298; vorn S. 189.

153 BGH in NJW 1964, S. 1467ff; MDR 1957, S. 36; AIZ 1967, S. 78f; Doppelvermittlung kann aber in AGB und zum voraus genehmigt werden, vgl. Wurm-Wagner Muster 31b S. 367; Krüger-Doyé S. 158 Nr. 6.

154 JW 1930, S. 279; vgl. auch vorn S. 192.

gen, im Widerspruch zum Wesen des Alleinauftrags. Grundsätzlich zulässig (und im Gegensatz zur Schweiz verbreitet) ist dagegen die Kombination mit einem Nachweismäklervertrag ¹⁵⁵. Der Alleinauftraggeber ist darüber zu informieren ¹⁵⁶, da Interessenkonflikte auch hier nicht ausgeschlossen sind.

Die Exklusivklausel bindet den Mäkler im Schweizer Recht infolge der Widerruflichkeit nicht enger an den Auftraggeber als vom Gesetz vorgesehen. Er ist allenfalls zu verstärkter Interessenwahrung verpflichtet; von ausgesprochener Vertrauensstellung in jedem Fall kann nicht gesprochen werden ¹⁵⁷. Er vermag grundsätzlich seinen Treueverpflichtungen auch dann voll nachzukommen, wenn er in vergleichbarer Weise dem Vertragspartner verpflichtet wäre. Unparteiliche Interessenwahrung ist mit der Idee der Exklusivität nicht schlechthin unvereinbar ¹⁵⁸. In einem jüngeren Zürcher Entscheid ¹⁵⁹ wurde angedeutet, das Vorliegen eines Alleinauftrags oder Exklusivmäklervertrags würde allenfalls zur Anwendung von OR 415 führen.

Bei der geltenden Praxis zu OR 404 I ändert sich jedoch an der grundsätzlichen Zulässigkeit der Doppeltätigkeit auch für den Exklusivmäkler nichts. Selbst bei Zulassung des Widerrufsverzichts wäre im Einzelfall - unabhängig von der Art des Zweitmäklervertrags - zu prüfen, ob ein Interessenkonflikt tatsächlich bestehe. Weiss der Auftraggeber, dass der Mäkler auch die Interessen des Hauptvertragspartners vertritt, muss er sich Doppeltätigkeit ausdrücklich verbitten ¹⁶⁰.

¹⁵⁵ Vgl. etwa LG Dortmund, Urteil v.14.2.79 in NJW 1979, S. 1711.

¹⁵⁶ Vgl. Glaser/Warncke S. 219 Nr. 176 f, g; Krüger-Doyé S. 128.

¹⁵⁷ Vgl. dazu im Normalmäklervertrag ZR 34, 1935, Nr. 18, S. 50.

¹⁵⁸ Vgl. aber Guggenbühl S. 113; differenzierend auch Krüger-Doyé, S. 127f; vgl. zum unklaren Begriff des Vertrauensmäcklers auch ZR 34, 1935, Nr. 18, S. 50; auch die von Gesetzes wegen neutrale Stellung des deutschen Handelsmaklers lässt Alleinauftrag durchaus zu, vgl. HGB §§ 98, 99.

¹⁵⁹ ZR 78, 1979, Nr. 66, S. 148; keine bundesgerichtliche Praxis.

¹⁶⁰ Vgl. dazu, allerdings für einen Normalmäklervertrag, ZR 34, 1935, Nr. 18, S. 50.

2. TEIL: BEMESSUNG

A. Bestimmung aufgrund gesetzlicher Vorschriften

I. Art. 414 OR (Festsetzung)

1. Parteivereinbarung

Das Gesetz stellt es ausdrücklich den Parteien anheim, die Höhe der Vergütung des Mäklers (Erfolgslohn oder Aufwendungsersatz) festzusetzen ¹. Häufig wird dabei auf Tarife Bezug genommen ². Freiheit besteht auch bei der Berechnungsweise der Vergütung. Sie wird in der Regel in einem Prozentsatz des erzielten Wertes des vermittelten Objekts, d.h. variabel, ausgedrückt. Seltener wird dem Mäkler der einen bestimmten Kaufpreis übersteigende Betrag als Entgelt versprochen (sog. Mehrerlösklausel) ³. Die Berechnungsbasis ist klar festzulegen ⁴, insbesondere im Hinblick auf die Berücksichtigung einzelner Kostenfaktoren ⁵ und den massge-

¹ Auch konkludent, vgl. SemJud 1979 p. 623ss, 627: Schweigen auf Bestätigungsbrief; Turrettini p. 79.

² Diese gelten dann als Parteivereinbarung; vgl. dazu hinten zu 2. S. 200ff.

³ Vgl. BGE 43 II 651; RVJ 1977 p. 367; LU Maximen 1961-70, Nr. 222, S. 231 (Urteil v. 23.10.1963); ZR 44, 1945, Nr. 51, S. 123ff; für die BRD vgl. bei Glaser/Warncke Nr. 345 und 346.

⁴ Vgl. die Beispiele bei Wurm-Wagner, Muster 31a §1 S. 366 und Muster 31e 2., S. 368; Zeidler § 99 N 9; zur Problematik bei Kreditvermittlung Scholz, MDR 1982, S. 713.

⁵ Vgl. BGE 43 II 651: Bei Mehrerlösklausel ist massgebend die Differenz zwischen Nettoerlös (nach Abzug aller Belastungen und Steuern) und vereinbartem Minimalpreis; vgl. auch Turrettini p. 80; Becker 414 N5; LG Wiesbaden, 25.9.59, in AIZ 1959, 191 für Wohnungsvermittler; BGH, Urt.v. 14.6.1965, in BB 1965, S. 927: Anliegerbeiträge sind, als öffentliche Abgaben ./.

benden Preis ⁶.

Grenzen der Parteiautonomie ergeben sich vor allem aus OR 417 ⁷. Diese Norm hat für die Praxis eine solche Bedeutung erlangt, dass darüber Art. 414 oft zu Unrecht gänzlich ausser Acht gelassen wird ⁸. Grenzen ergeben sich aber auch aus kantonrechtlichen Tarifvorschriften, obwohl umstritten ist, ob und wie weit zwingende Höchstansätze generell oder im Bereich der Vermittlung bestimmter Objekte ⁹ zulässig seien. Ebenso strittig ist, ob EGG 22 eine Grundlage für Zwangstarife im Bereich der Vermittlung landwirtschaftlicher Grundstücke biete ¹⁰. Eindeutig ohne praktische Bedeutung ist dagegen der Vorbehalt von OR 418 ¹¹.

der Gemeinden, ebensowenig Teil des Kaufpreises wie Steuern, und daher nicht in die Berechnungsgrundlage einzubeziehen; weitere Nachweise bei Glaser/ Warncke Nr. 329, S. 365; Nr. 331 und Nr. 332; Zeidler, HGB § 99 N 9; Scholz, in MDR 1982, S. 711ff.

⁶ In der Regel effektiver, nicht angestrebter Preis, vgl. RVJ 1977 p. 367 in Anlehnung an SJZ 1972, S. 222. Ausnahmefall: OLG Nürnberg, Urteil v. 5.8.1976, in NJW 77, S. 152: Der vom Makler ausgehandelte Kaufpreis wurde vom Verkäufer durch persönliche Bemühungen stark hinaufgeschraubt. Nach Treu und Glauben war vom niedrigeren Preis auszugehen; entscheidend sei "der Nennwert eines Objektes, d.h. vom Käufer übernommene Belastungen eines Grundstücks sind nicht abzuziehen", Werner §652 Rz 53.

⁷ Weniger durch die Art. 19, 20, und 21 OR, vgl. hinten S. 247ff.

⁸ Vgl. etwa RVJ 1979, p. 369; nicht offensichtlich unverhältnismässige Provision ohne weiteres auf den nach Tarif zulässigen Betrag herabgesetzt.

⁹ Vgl. dazu hinten S. 218ff.

¹⁰ Vgl. hinten S. 220f; so auch Turrettini p. 76; anders Gautschi 414 N 2c; vgl. auch Nobel, S. 247.

¹¹ Gautschi 414 N 2a; dazu hinten, S. 222.

Häufig fehlt jedoch eine Vereinbarung über die Höhe der Mäklerprovision, sei es gänzlich ¹², oder für gewisse Fälle. Umstritten ist, wie im zweiten Fall vorzugehen sei. Liegt eine Vertragslücke vor, die der Richter ergänzend zu füllen hat ¹³? Oder ist für jeden konkreten Fall, den die Parteien nicht autonom geregelt haben, nach der Vorschrift des 414 vorzugehen, ungeachtet, ob für andere, in casu nicht in Frage stehende Fälle, eine Regelung getroffen wurde ¹⁴?

Der Methode der Vertragsergänzung ist der Vorzug zu geben. Der Wille der Parteien sollte nach Sinn und Zweck des Art. 414 im Vordergrund stehen. Dem entspricht die "Extrapolation" der vorhandenen, aber nicht passenden Vertragsbestimmungen, also Ergänzung gemäss dem hypothetischen Parteiwillen, besser als Ersatz der Vereinbarung durch einen Tarif, von dem die Parteien vielleicht bewusst abgewichen waren, oder an den sie gar nie gedacht hatten. Die unvollständige Regelung der Festlegung der Höhe der Provision kann nicht mit dem völligen Fehlen einer diesbezüglichen Vereinbarung gleichgesetzt werden ¹⁵.

Die Beweislast für die "Nichtfestsetzung" der Höhe der Vergütung hat der Mäkler zu tragen, wenn er tarifmässigen oder üblichen Lohn fordern will und der Auftraggeber Vereinbarung eines tieferen Ansatzes behauptet ¹⁶.

¹² Dazu sogleich; vgl. auch ZR 78, 1979, Nr. 66, S. 144; insbesondere bei stillschweigend zustandegekommenen Mäklerverträgen, vgl. Gautschi 414 N 1b.

¹³ BJM 1960, S. 117ff, 121.

¹⁴ Diese Auffassung vertrat die beklagte Partei in BJM 1960, S. 121: Für diesen Fall gelte der Verbandstarif; dies hätte in casu zu einer wesentlich niedrigeren Entschädigung geführt; RVJ 1977 p. 367: "En pareil cas, l'obligation du mandant doit s'acquitter, s'il existe un tarif, par le paiement du salaire qui y est prévu".

¹⁵ Gleich Gautschi 414 N 5c.

¹⁶ Vgl. BGH, Urteil v. 31.3.1982, in MDR 1982, S. 828; vgl. schon Stier-Somlo/Elster, S. 862.

2. Tarif, Taxe

Mangels Vereinbarung "gilt, wo eine Taxe besteht, diese" (OR 414). Fraglich ist insbesondere, ob nur "Taxen" staatlicher Organe, oder auch solche privater (Berufsmäkler-)Verbände subsidiäre Geltung beanspruchen können ¹⁷.

Der Begriff Taxe stammt aus dem deutschen BGB ¹⁸ und wird sonst im Schweizer Recht nicht verwendet. Sowohl das OR als auch die kantonalen Gesetze sprechen durchwegs von "Tarifen" (tarif; tariffa). Grammatikalisch sind beide Begriffe mehrdeutig. "Taxe" kann sein ¹⁹: 1) Schätzung, Beurteilung des Wertes; 2) (amtlich) festgesetzter Preis; 3) Gebühr, Gebührenordnung. "Tarif" ²⁰: 1) verbindliches Verzeichnis der Preis- bzw. Gebührenansätze für bestimmte Leistungen; 2) durch Vertrag oder Verordnung festgelegte Höhe von Preisen, Löhnen, Gehältern. Die Materialien liefern keinen Hinweis. Die Wendung "taxmässige Vergütung" taucht erstmals im BGB-Entwurf der Vorkommission 1891-93 (§ 580b II) auf ²¹, ohne je diskutiert zu werden. Der Dresdner Entwurf (1866) verwies einzig auf den Ortsgebrauch (Art. 677).

Unter teleologischen Gesichtspunkten ist zu fordern, dass subsidiär massgebenden Tarifen jedenfalls gegenüber Ortsübungen erhöhte Legitimität zukommt. Dies gewährleisten staatliche, im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren erlassene Gebührenordnungen ohne Zweifel ²², kaum dagegen Reglemente von Berufsverbänden. Selbst

¹⁷ Zur Frage zwingender Tax-Regelungen vgl. hinten S. 218ff.

¹⁸ Vgl. BGB § 653 II; Stier-Somlo/Elster S. 862: "Taxe ist die obrigkeitliche Bestimmung von Preisen für Waren und Leistungen".

¹⁹ Fremdwörterduden, S. 716.

²⁰ Fremdwörterduden, S. 715.

²¹ Jakobs/Schubert S. 5.

²² Vgl. für die Schweiz hinten S. 218ff; vorn, Quellen; in Deutschland bestehen Behördentarife nur im Bereich der Wohnungsvermittlung, vgl. Schwerdtner S.154; Palandt §653 Anm. 2.

in Deutschland, wo Mäklerverbände eine ungleich stärkere Stellung einnehmen als in der Schweiz, werden deren Taxen nur (aber immerhin ²³) als Ausdruck der Ortsübung anerkannt ²⁴.

Die Schweizer Literatur versteht dagegen unter Taxen primär Verbandstarife ²⁵ und nur subsidiär kantonale Regelungen ²⁶. Dieser Auffassung ist offenbar auch das Bundesgericht ²⁷. Für die Verbindlichkeit von Privattarifen (von Verbänden und Einzelmäklern) wird aber stillschweigende Erhebung zum Vertragsinhalt vorausgesetzt ²⁸. Nach der kantonalen Rechtsprechung erfasst Art. 414 nur behördlich festgesetzte Tarife ²⁹, oder es wird behördliche Genehmigung verlangt ³⁰.

M.E. spricht die Auslegung für die konsequente Nichtberücksichtigung von Verbandstarifen als Taxen im Sinn des Art. 414 OR. Sie gelten entweder qua Parteivereinbarung oder als Ausdruck einer Übung ³¹. Nicht zum Staatstarif erhobene Verbandsordnungen ³²

²³ Zur Bedeutung für die Frage der Angemessenheit vgl. hinten S. 246.

²⁴ Glaser/Warncke S. 49, S. 359ff; sie beruhen auf umfassenden Recherchen; vgl. auch NJW 1971, S. 1411; MDR 1955, S. 474.

²⁵ Oser/Schönenberger 414 N 3; Hofstetter S. 128; Thilo p. 71f; Guggenbühl S. 147; a.A. Becker 414 N3.

²⁶ Turrettini, p. 81, schliesst offizielle, vom Staat festgesetzte Tarife ganz aus.

²⁷ BGE 70 I 223ff, 236 E 7; BGE 66 I 83.

²⁸ Hofstetter S. 28; Becker 414 N3; von Büren S. 213; Guggenbühl S. 148.

²⁹ SemJud 1977 p. 43: Tarif nicht anwendbar, weil "aucunement officiell"; vgl. auch BGE 65 I 83; vgl. aber auch RVJ 1979 p. 358ss, 363 zu Art. 417: kantonaler Tarif subsidiär zu Verbandstarif; ZR 35, 1936, Nr. 63, S. 138.

³⁰ SemJud 1984 p. 366 (Wohnungsvermittlung); unklar ZR 78, 1979, S. 147.

³¹ Vgl. RVJ 1979, p. 636; SemJud 1977 p. 43; Gautschi 414 N 3a, 4a verlangt "qualifizierte Übung".

³² Nur möglich aufgrund einer (öffentlichrechtlichen) ./.

bieten keine Gewähr für eine gleichmässige Berücksichtigung der Interessen von Mäklern und Mäklerkunden. Die Herabsetzungsmöglichkeit nach OR 417 genügt als ex-post-Korrektiv nicht.

Einzeltarife gelten a fortiori ausschliesslich im Rahmen von Parteivereinbarungen. Stillschweigende Vereinbarung ihrer Geltung setzt Kenntnis des Auftraggebers voraus. Der Makler darf nicht erwarten, dass der Auftraggeber mit dem Bestehen eines Tarifs rechnet und diesen ohne weiteres akzeptiert.

Dass als Taxen nur behördlich festgesetzte (Subsidiär-)Tarife gelten sollen, hat selbstverständlich keinen Einfluss auf die Stellungnahme zur Frage der Zulässigkeit von kantonalen Zwangstarifen ³³.

3. Uebung

In dritter Priorität gilt "der übliche Lohn als vereinbart" ³⁴. Uebung ist, "was an einem bestimmten Ort gang und gäbe ist, was dort seit geraumer Zeit getan, beobachtet wird" ³⁵. ZGB 5 II verweist primär auf das vorbestehende kantonale Recht. Infolge der wirtschaftlichen Entwicklung könnte darauf im Mäklerrecht allerdings nicht mehr abgestellt werden.

Der Verweis des Art. 414 erhebt die Verkehrssitte zu objektivem, sog. mittelbarem Gesetzesrecht ³⁶. Unterwerfung der Parteien ist ohne Belang; ebenso deren mögliche Funktion als Hilfsmittel für die Auslegung ³⁷. Unbestritten ist die räumliche Eingrenzung auf die orts- bzw. regional üblichen Ansätze. Nur in Ausnahmefällen

Rechtsgrundlage, Beispiel Kanton Fribourg, Gesetz v. 25.2.1959, Art. 10 III; gestützt darauf "Tarif approuvé" vom 14.7.1970.

³³ Vgl. v.a. hinten S. 214ff.

³⁴ Kritisch Schwerdtner S. 31 Rz 26.

³⁵ Tuor/Schnyder S. 27f; vgl. BB 1969, S. 1413; faktisch massgebend in Deutschland sind die Gebührensätze der Mäklerverbände, Schwerdtner S. 154, Fn 163.

³⁶ Vgl. Nobel S. 252.

³⁷ Vgl. dazu BGE 94 II 157.

umfassten sie ein ganzes Kantonsgebiet ³⁸. Es sind nur sachlich gleichartige Mäklergeschäfte zu vergleichen ³⁹.

Strittig ist, ob auf die Uebung am Geschäftssitz des Mäklers oder am Lageort des zu vermittelnden Objekts abzustellen sei, falls diese beiden "Anknüpfungspunkte" zur Anwendbarkeit verschiedener ortsüblicher Ansätze führten ⁴⁰. Es ist nach Vermittlungsart zu unterscheiden: Bei Wohnungs- und Immobilienvermittlung ist die Lage des Objekts für den Wert (Verkäuflichkeit und zu erzielender Preis) entscheidend, was auf die Provisionshöhe in der Regel durchschlägt. Bei Darlehens- und Finanzvermittlung liegt der Schwerpunkt am Sitz des Finanzierenden, bei Heiratsvermittlung am Sitz des Mäklers ⁴¹.

Der Mäkler, der die übliche Vergütung beansprucht, muss das Fehlen einer Vereinbarung sowie nach herrschender Auffassung aufgrund des kantonalen Prozessrechts auch das Bestehen einer Uebung nachweisen ⁴². Diese Praxis, das Bestehen von Uebungen als Tatfrage zu behandeln, ist insofern fraglich, als konsequenterweise auch für mittelbares Gesetzesrecht der Grundsatz "iura novit curia" zu gelten hätte ⁴³.

Der Nachweis ist schwer zu erbringen und misslingt häufig ⁴⁴, womit - nach der Praxis - die Höhe der Provision ins Ermessen des Richters gestellt wird ⁴⁵. Schwierig ist insbesondere der

³⁸ Nobel S. 248; Liver, ZGB 5, N 90; vgl. auch BGE 101 II 248.

³⁹ Guggenbühl S. 149.

⁴⁰ Vgl. Guggenbühl S. 149.

⁴¹ Vgl. Turrettini p. 85; Schwerdtner S. 155.

⁴² Vgl. etwa Sträuli/Messmer zu § 133 ZH ZPO, N 6; ZR 63, 1964, S. 339; vgl. auch SemJud 1961 p. 16; Rep 1969 p. 252ff, 258; Turrettini p. 86; Jäggi/Gauch N 522; vgl. auch Schwerdtner S. 155; bei Glaser/Warncke Nr. 322 g) S. 362, Nr. 312 a) S. 349.

⁴³ Auch nach Guggenbühl hat der Richter das Bestehen einer Uebung von Amtes wegen abzuklären, S. 150; vgl. Liver, ZGB 5, N 103, aber auch N 104.

⁴⁴ Vgl. ZR 78, 1979, Nr. 66.

⁴⁵ Vgl. hinten 4., S. 206f.

Nachweis, dass ein Verbandstarif Ausdruck der Uebung sei. Dessen Anwendbarkeit im Einzelfall kann jedenfalls nicht von der Mitgliedschaft des vertragsschliessenden Mäklers im betreffenden Verband abhängig gemacht werden ⁴⁶. Vom erlassenden Verband ist eine gewisse Repräsentativität zu fordern ⁴⁷. Da kein Verbandszwang ⁴⁸ herrscht, kann nicht verlangt werden, alle oder fast alle Mäkler im Verbandsgebiet müssten Mitglieder sein. Der Verband muss in eine anerkannte gesellschafts- oder personenrechtliche Form gekleidet sein ⁴⁹. Ein Tarif entfaltet, als Willensäusserung des Verbands, verbandsinterne Wirkungen nur, soweit er statutengemäss beschlossen wurde. Für die Frage, ob er Ausdruck einer Uebung sei, sind jedoch auch blossе Entwürfe beachtlich ⁵⁰. Für Verbandsmitglieder stellen Tarifordnungen ohnehin regelmässig nur Empfehlungen, nicht verbindliche Vorschriften dar ⁵¹. Solche wären auch unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten fragwürdig ⁵².

Die Gerichte führen leider nur selten seriöse Abklärungen, d.h. Umfragen bei Mäklerverbänden, Treuhandunternehmen, Notaren, etc.,

⁴⁶ So SemJud 1977, p. 33, 43; SemJud 1984 p. 366; nach deutscher Rechtsprechung gilt der Verbandssatz auch für Nichtorganisierte, vgl. NJW 1971, S. 1411, MDR 1955, S. 474.

⁴⁷ Vgl. Dürr, S. 52: Taxordnungen der Mäklerverbände hätten nicht im gleichen Mass Allgemeingeltung und Ansehen erlangt wie etwa die SIA-Normen.

⁴⁸ Vgl. aber Walliser Gesetz über die Vermittler, Art. 3 h).

⁴⁹ V.a. Verein nach ZGB 60; so die Mitgliedverbände des SVIT und der Union Romande des Gérants et Courtiers en Immeubles URGCI.

⁵⁰ A.A. ZR 78, 1979, S. 147: der SVIT-Tarif der Sektion Zürich, Ausgabe 1976, sei nicht anwendbar, weil im Zeitpunkt der Klageeinreichung noch nicht genehmigt und damit nicht in Rechtskraft erwachsen; der Entwurf 1975 sei unbeachtlich.

⁵¹ So die Vereinsstatuten des SVIT und der URGCI; vgl. auch MDR 1955, S. 474; Dyckerhoff S. 77.

⁵² In der Schweiz weniger als in Deutschland, wo sich das LG Wiesbaden in Urteil v. 21.11.1969 für Nichtigkeit ausgesprochen hat, bei Glaser/Warncke Nr.322; vgl. auch BB 1961, S. 159.

durch 53. In der Regel wird ohne weiteres auf Entscheide desselben oder die Praxis anderer Gerichte abgestellt 54. Folge dieser undifferenzierten Rechtsprechung, die auch der konjunkturellen Entwicklung nicht gerecht wird, ist ein gesamtschweizerischer "Einheitssatz" 55, welcher der regional unterschiedlichen Marktsituation wenig Rechnung trägt.

Im Bereich der Vermittlung von Grundstückskaufverträgen liegen die als üblich bezeichneten Ansätze zwischen einem und drei Prozent 56. Regelmässig werden verschiedene Sätze für überbaute und unüberbaute Grundstücke verwendet, wobei der Satz für bebaute ungefähr die Hälfte des Ansatzes für unüberbaute beträgt 57. Für Nachweis- und Vermittlungsmäkler gelten dabei die gleichen Lohnansätze. Für den Bereich der Wohnungsvermittlung sind kaum neuere Zahlen greifbar. Der in der Literatur erwähnte Satz von 10% der ersten Jahresmiete dürfte nicht mehr haltbar sein 58. Für die Vermittlung von fonds de commerce in Genf sind 5% üblich 59.

53 Vgl. als negatives Beispiel SemJud 1984, p. 366; vorbildlich ZR 35, 1936, Nr. 63, S. 138.

54 Oder gar auf Lehre und Praxis, die zudem über 20 bzw. 30 Jahre zurück liegen, vgl. ZR 78, 1979, S. 148.

55 Vgl. BGE 83 II 153, E 4c; ZR 78, 1979, S. 148.

56 3% in Basel (BJM 1971, S. 285) und Genf (SemJud 1977 p. 43; SemJud 1963, p. 315); 2 - 3% im Tessin (Rep 1969, S. 257f) ; 2% in Zürich (ZR 78, 1979, 148), Baselland (BJM 1957, S. 270); Lugano (SJZ 24, 1927/28, S. 203); 1 - 2% in Bern (SJZ 27, 1930/31, S. 348); 1% in Luzern (SJZ 22, 1925/26, S. 360), Solothurn (ZBJV 62, 1926, S. 32), und Baselstadt (BJM 1960, S. 120); bei den älteren Entscheiden sind Vorbehalte am Platz.

57 Vgl. etwa BGE 90 II 107; ZR 63, 1964, S. 339: im Kanton Zürich gilt für erstere ein Satz von 1-2%, ausnahmsweise 3%, für zweite ein solcher von 3-5%; vgl. auch SJZ 61, 1965, Nr. 186, S. 376; vgl. für den Kanton Luzern ZBJV 102, 1966, S. 229: bebaute Grundstücke 1-2%, unbebaute 2-4%.

58 Von Büren S. 214; Guggenbühl S. 151; SemJud 1984 p. 366.

59 SemJud 1961, 12f; für die BRD vgl. bei Glaser/Warncke S. 351-353, Nr.314; BGH, Urt.v. 12.2.1981, in MDR 1981, S. 653.

Zu betonen ist abschliessend nochmals, dass die Hauptbedeutung der Festsetzung des "üblichen" Mäklerlohns nicht im Rahmen von OR 414, sondern bei OR 417 liegt, wo dieser als primärer Wertungsmassstab zur Bestimmung des angemessenen Entgelts dient ⁶⁰.

4. Richterliches Ermessen?

Falls keine der drei in OR 414 aufgeführten Möglichkeiten zur Festsetzung des Mäklerlohns zum Ziel führe, soll nach verbreiteter Auffassung der Richter dessen Höhe in freiem Ermessen bestimmen können ⁶¹.

Eine Verweisung auf das richterliche Ermessen (ZGB 4) fehlt jedoch. Es gibt auch keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass der Richter Vertragsrecht nach Ermessen ergänzen könne ⁶². In Frage kommt allenfalls Vertragsergänzung durch Feststellung des hypothetischen Willens der Parteien ⁶³. Bei wirklicher Ausschöpfung der von OR 414 vorgesehenen Methoden stellt sich aber m.E. das Problem kaum.

Dies entspricht im Ergebnis der Auffassung des deutschen BGH ⁶⁴. Auch wo keine feste Uebung nachweisbar sei, könne doch (immer?) eine gewisse Spanne, ein im Ergebnis relativ enger Rahmen, ermit-

⁶⁰ Dazu ausführlich hinten S. 244, 247ff.

⁶¹ Turrettini p. 87; vgl. auch SemJud 1984 p. 366; in Deutschland stellt sich die Frage, ob der klagende Makler die Höhe der Vergütung gemäss § 316 BGB selbst bestimmen könne, vgl. BGH, Urt. v. 13.3.1985, in MDR 1985, S. 652f.

⁶² So nur Dürr S. 55; SemJud 1931 p. 409.

⁶³ Gauch/Schluep/Jäggi, N 917; Gautschi, 414 N 5b, und Guggenbühl, S. 152, sprechen ungenau von Lückenfüllung gemäss ZGB 1 II; die Bedeutung des Umstandes, dass die noch im OR-Entwurf Art. 337 vorgesehene Festsetzung nach Ermessen nicht Gesetz wurde, ist fraglich, vgl. bei Guggenbühl S. 152.

⁶⁴ Vgl. Urt. v. 13.3.1985, in MDR 1985, S. 652f.

telt werden, in dem sich die Vergütungen "üblicherweise" bewegen; die verbleibende Lücke sei durch Auslegung, "notfalls nach den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung" zu schliessen, wobei das Gericht den angemessenen Betrag festzusetzen habe, indem es unter Berücksichtigung der konkreten Umstände von einem mittleren Prozentsatz ausgehe.

5. Rechtsweg

Streitigkeiten bezüglich der Festsetzung und Höhe der Mäklervergütung entscheidet grundsätzlich der ordentliche Zivilrichter ⁶⁵. Einige kantonale MäklergewerbeGesetze sehen einen zusätzlichen ⁶⁶ oder besonderen ⁶⁷ Instanzenzug vor. Sofern der Streit im Zweiparteienverfahren beurteilt wird, können die Kantone nach Art. 54 II SchlT ZGB auch eine Verwaltungsbehörde für zuständig erklären ⁶⁸. Dies gilt jedoch nur für Art. 414, nicht für Art. 417 OR, der ausdrücklich Beurteilung durch den Richter vorschreibt. Dem Grundsatz der Gewaltenteilung entspräche wohl die Beurteilung von Provisionsstreitigkeiten durch eine von der Aufsichts- und Disziplinarbehörde unabhängige Instanz besser.

⁶⁵ So ausdrücklich Graubünden, Treuhändergesetz Art. 9 (ausser Kraft); vgl. aber BGE 102 II 154ff.

⁶⁶ Genève, Règlement d'exécution, art. 15: commission de taxation.

⁶⁷ Aargau, Geschäftsagentenverordnung, § 15: Streitfälle bis zu Fr. 200.- entscheidet eine vom Obergericht eingesetzte Spezialkommission; Wallis, Gesetz über die Vermittler, Art. 13 II: "Alle Streitigkeiten betreffend Honorar und Auslagen entscheidet das Justiz- und Polizeidepartement. Der Weiterzug an den Staatsrat binnen zwanzig Tagen bleibt vorbehalten."

⁶⁸ BGE 102 II 154ff, 157.

II. Zwingende kantonalrechtliche Bestimmungen

1. Das Verhältnis kantonalen öffentlichen Rechts zum Bundeszivilrecht

1.1. Im Allgemeinen

1.1.1. Das Problem

Gemäss ZGB 6 I werden die Kantone "in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt." Im Bereich des Mäklerrechts gibt es keine verfassungsmässige Kompetenzausscheidung. Es ist Objekt sowohl privatrechtlicher wie öffentlichrechtlicher Normierung. Den Kantonen steht es grundsätzlich frei, auch über bereits privatrechtlich abgedeckte Problemkreise öffentlichrechtliche Bestimmungen zu erlassen. Privatrechtliche Regelung ist jedoch nur im Rahmen von OR 418 zulässig¹.

Die zentrale Frage ist ohne Zweifel, wo die Schranken kantonalen Rechtsetzungsbefugnis zu ziehen sind². Das Bundesgericht wich der Abgrenzungsproblematik³ im Bereich des Mäklerrechts bisher aus, und prüfte allenfalls, ob die als öffentlichrechtlich vorqualifizierten kantonalen Bestimmungen im Widerspruch zum Bundesprivatrecht stünden⁴. Im Vordergrund stand durchwegs die Frage, ob die kantonale Regelung vor der Handels- und Gewerbefreiheit (BV 31) standhalte⁵. Dieses Ausweichen ist zumindest dann

¹ Vgl. hinten S.222; zum Qualifikationsproblem Huber ZGB 6 N163.

² Nach der Formulierung Hubers, ZGB 6 N 70: Wo liegen die Schranken der "expansiven Kraft" des kantonalen öffentlichen Rechts? Vgl. auch N 77-85.

³ Vgl. Aubert Nr.650; Huber ZGB 6 N166ff; Gygi, ZSR 95, S.346f.

⁴ Vgl. BGE 71 I 249 (Verhältnis zu SchKG 27); BGE 65 I 65, 80ff; BGE 70 I 223; BGE 80 I 116.

⁵ BGE 109 Ia 61ff, zum Genfer Gesetz über die Arbeitsvermittlung, betreffend Temporärarbeitsunternehmen; BGE 110 Ia 111ff, 115 (Wohnungsvermittlung).

fragwürdig, wenn eine kantonale Regel offensichtlich direkt in die Vertragsbeziehungen zwischen Makler und Auftraggeber eingreift, d.h. eine Parallelregelung zum Obligationenrecht darstellt, und auch die Regelungssanktion auf privatrechtlicher Ebene bleibt. Das (behauptete) Öffentliche Interesse des Kantons an einer über das OR hinausgehenden oder diesem widersprechenden Regelung allein vermag einer Norm noch nicht öffentlichrechtlichen Charakter zu verleihen. Steht schon der öffentlichrechtliche Charakter einer kantonalen Norm nicht ausser Zweifel, ist bei der Prüfung im Rahmen von ZGB 6 Zurückhaltung hinsichtlich der Zulassung einer Zurückdrängung des Bundesprivatrechts geboten.

1.1.2. Rechtsprechung und Kritik

Nach der jüngsten bundesgerichtlichen Formel können die Kantone unter drei (kumulativen) Voraussetzungen frei öffentlichrechtliche Normen in Gebieten erlassen, die an sich vom Bundeszivilrecht beherrscht würden:

- "- il faut que le législateur fédéral n'ait pas entendu réglementer cette matière de façon exhaustive,
- que les règles cantonales soient motivées par un intérêt public pertinent et
- que ces règles n'éludent pas le droit civil fédéral, ni n'en contredisent le sens ou l'esprit" ⁶.

1.1.2.1. Abschliessende Regelung?

Diese Voraussetzung besteht erst seit BGE 91 I 197 ⁷. Zu prüfen ist, ob man es mit "vor Einwirkungen geschütztem Zivilrecht" ⁸ zu tun hat. Dazu gehörten u.a. "Regelungen des Bundeszivilrechts, die aus grundsätzlichen Erwägungen, namentlich zum Schutz der

⁶ BGE 109 Ia 66, E.2a; 101 Ia 505, E.2b; 104 Ia 105, 108.

⁷ Zit. bei Aubert S. 248 Fn 1; vgl. früher BGE 71 I 438; 85 I 21; 87 I 186; Huber, ZGB 6, N 89.

⁸ Huber, ZGB 6, N 170ff; vgl. auch N 78 - 85.

individuellen Freiheit, als abschliessend und auch vom öffentlichen Recht her nicht ergänzungsbedürftig gemeint sind" ⁹.

BV 64 gibt dem Bund die Gesetzgebungskompetenz u.a. "über alle auf den Handel und Mobiliarverkehr bezüglichen Rechtsverhältnisse (Obligationenrecht, ...)" (Abs. 1), sowie "auch in den übrigen Gebieten des Zivilrechts" (Abs. 2). Inwieweit und ob der Bund in einzelnen Gebieten von dieser Grundsatzkompetenz abschliessend Gebrauch gemacht hat, ist durch Auslegung der entsprechenden Normen zu ermitteln. Für das Verhältnis zwischen Bundesprivatrecht und kantonalem öffentlichem Recht lässt sich jedoch aus der verfassungsmässigen Kompetenzausscheidung nichts herleiten. Es gibt keine "grundsätzlichen Erwägungen" ¹⁰, die es erlauben, für gewisse Bundeszivilrechtsregelungen Ergänzungen öffentlich-rechtlicher Natur auszuschliessen. Ob eine Regelung abschliessend sei, lässt sich, wenn überhaupt, nur innerhalb der jeweiligen Regelungsart beantworten ¹¹.

Auch die Feststellung abschliessender Privatrechtsregelung vermöchte kantonales öffentliches Recht, das den übrigen Voraussetzungen (öffentliches Interesse; kein grundsätzlicher Widerspruch zum Bundeszivilrecht) entspricht, nicht auszuschliessen. Die Idee, eine privatrechtliche (Teil-)Normierung könnte gleichzeitig alle öffentlich-rechtlich erwägenswerten Gesichtspunkte bereits miteinbezogen haben, überzeugt schon im Ansatz nicht ¹².

Das Kriterium der "abschliessenden Regelung" ist nicht nur theoretisch, sondern auch praktisch unbrauchbar, und sollte wieder fallen gelassen werden ¹³. Es geht, soweit verwendbar, in der

⁹ Huber, ZGB 6, N 174.

¹⁰ So aber Huber, ZGB 6, N 174.

¹¹ Selbst dies kann äusserst schwierig sein, vgl. Häfelin/Haller, N 383f; zur Singularität der Zuständigkeitsausscheidung nach Regelungsart, nicht Sachgebiet vgl. Gygi, ZSR 95, S. 344.

¹² BGE 110 Ia 111ff gegen BGE 65 I 65ff, E 5, S. 79ff; vgl. Gygi, ZSR 103, S. 12, 13.

¹³ Kritisch auch Gygi, ZSR 103, S. 11ff; im Ergebnis scheint sich BGE 110 Ia 111ff Gygi anzuschliessen, der mangels ausschliesslicher Rechtsetzungszuständigkeit untersuchen will, ob eine./.

Fragestellung auf, ob die kantonale Regelung Sinn und Geist des Bundeszivilrechts widerspreche ¹⁴.

1.1.2.2. Oeffentliches Interesse

Im hier interessierenden Zusammenhang der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (UeBBV 2) spricht das Bundesgericht von wesentlichem ¹⁵ oder schutzwürdigem ¹⁶ öffentlichem Interesse. Nach Aubert genügt nicht, "qu'elle vise l'intéret public. Il faut encore qu'elle soit de nature à l'atteindre vraiment" ¹⁷. Die Rechtsprechung hat dem Begriff kaum Konturen gegeben. Der richterliche Wertungsspielraum ist weit. Praktisch scheint jede beliebige "Begründung" bzw. Behauptung zu genügen ¹⁸. Die Anlehnung an die Praxis zum Begriff des Öffentlichen Interesses im Bereich der Handels- und Gewerbefreiheit ist offensichtlich ¹⁹. Polizeiinteressen stehen dort im Vordergrund, wobei zunehmend auch sozialpolitische Interessen anerkannt werden. Genügendes (nicht "wesentliches") öffentliches Interesse liegt bereits vor, "si elles satisfont un besoin assez généralement reconnu pour que l'Etat se charge d'y pourvoir" ²⁰. Der negative Nachweis genügt, dass kein rein wirtschaftspolitischer Zweck verfolgt und kein Eingriff in den freien privatwirtschaftlichen Wettbewerb bezweckt wird ²¹.

vollständige und erschöpfende Regelung getroffen wurde, was im Mäklerrecht offensichtlich nicht der Fall ist, vgl. Gygi, ZSR 95, S. 351.

¹⁴ Vgl. dazu hinten S. 212, 218ff; gerade die bei Huber, ZGB 6, N 174, angeführten Beispiele überzeugen nicht.

¹⁵ BGE 109 Ia 66.

¹⁶ BGE 110 Ia 111ff, 113.

¹⁷ Aubert, Nr. 653.

¹⁸ Vgl. hinten S. 216f; vgl. Gygi, ZSR 103, S. 14f.

¹⁹ Vgl. BGE 110 Ia 111ff; zum Zusammenhang HGF - Vertragsfreiheit vgl. auch Häfelin/Haller N 1380; Gygi, ZSR 103, S. 11.

²⁰ BGE 97 I 499, 506.

²¹ Häfelin/Haller N 1410.

Auch (Höchst-)Preisvorschriften halten vor BV 31 stand, soweit gesundheitspolizeiliche und/oder sozialpolitische Erwägungen im Vordergrund stehen ²².

Trotz des weiten Begriffs im Rahmen der HGF und der formellen Verstärkung durch das Adjektiv "wesentlich" muss ein vor BV 31 standhaltendes öffentliches Interesse auch im Rahmen von ZGB 6 genügen ²³. Eine engere Auffassung wäre materiell umso weniger vertretbar, als nicht jedem privatrechtlichen Institut Verfassungsrang zukommt. Aus dem Grundsatz, Einschränkungen der Vertragsfreiheit seien nur soweit haltbar, als mit der HGF vereinbar ²⁴, lässt sich jedoch nicht der Umkehrschluss ziehen, jeder Eingriff, der die HGF nicht verletze, verletze auch Bundesprivatrecht (insbesondere die Vertragsfreiheit) nicht. Zu prüfen bleibt die m.E. zentrale Frage, ob die kantonalen Bestimmungen dem Sinn und Geist des Bundeszivilrechts zuwiderlaufen oder dieses vereiteln ²⁵.

1.1.2.3. Sinn und Geist des Bundeszivilrechts

In Frage steht für uns die Vertragsfreiheit als Grundprinzip des Bundesprivatrechts ²⁶. Diese "Freiheit" ist allerdings schon

²² BGE 109 Ia 33, 37; vgl. zu Höchsttarifen im Mäklerrecht hinten S. 214ff.

²³ Nach Gygi, ZSR 103, S. 15, ist ohnehin der Schutz der Vertragsfreiheit durch "die verfassungsrechtlichen Bedingungen über die zulässigen Beschränkungen" besser gewährleistet.

²⁴ Häfelin/Haller N 1380; zum umstrittenen Verhältnis HGF - Derogatorische Kraft vgl. Huber, ZGB 6, N181; Gygi, ZSR 103 I S.1ff.

²⁵ Vgl. Aubert Nr. 654, 656; die Zweiteilung ist rein formal; wenn schon "Zuwiderlaufen" genügt, dann "Vereitelung" erst recht; vgl. auch Huber, ZGB 6, N 213f.

²⁶ Vgl. Huber, ZGB 6, N 173; die Vertragsfreiheit ist m.E. als Ausfluss der persönlichen Freiheit in ihrem Wesensgehalt grundsätzlich unantastbar; vgl. aber Gygi, ZSR 103, S.10f: ./.

privatrechtlich (partiell) erheblich beschränkt ²⁷. Dies verkleinert entsprechend den Spielraum für den Erlass kantonalen öffentlichen Rechts. Zusätzliche Beschränkungen Öffentlich-rechtlicher Natur dürfen das Institut als solches nicht völlig aushöhlen ²⁸. Ohne Berücksichtigung des gesamten Normenkomplexes, d.h. sämtlicher Bestimmungen privater und Öffentlichrechtlicher Erlasse zu einem bestimmten Fragenbereich, müsste jede weitere Einschränkung der Vertragsfreiheit für sich betrachtet als durchaus tragbar erachtet werden. Wann eine Kumulation von Vorschriften die Vertragsfreiheit im Ergebnis zerstört (vereitelt), bleibt allerdings Wertungsfrage ²⁹.

Zu prüfen wäre, ob nicht auch für dieses Kriterium auf die Praxis zur HGF zurückgegriffen werden sollte. Der analoge Beizug der dort verwendeten Ueberlegungen zur Frage der Unverhältnismässigkeit böte einen gewissen Schutz vor unnötigen Maximallösungen. Von verschiedenen Möglichkeiten, das angestrebte Ziel zu erreichen, ist jene zu wählen, die sich am besten in die bestehenden Normen einfügt und privatrechtliche Axiome am wenigsten verneint ³⁰.

die Vertragsfreiheit habe nicht Verfassungsrang und gehe "in der Privatautonomie des Grundrechts auf, das .. Geltung beansprucht".

²⁷ Im Maklerrecht v.a. durch OR 417, dazu hinten S. 225ff.

²⁸ Vgl. auch Gygi, ZSR 95, S. 354.

²⁹ Dieses Argument hat auch für die Frage des öffentlichen Interesses Bedeutung: mit zunehmendem Normenbestand nimmt das Bedürfnis nach weiteren Normen ab; fraglich ist, ob auf die tatsächliche Wirksamkeit der bestehenden Normen abzustellen sei.

³⁰ Vgl. etwa hinten S. 220; auch (allg.) Gygi, ZSR 103, S. 16.

1.2. Im Mäklerrecht (Insbesondere zur Zulässigkeit von Höchstattarifen)

1.2.1. Abschliessende Regelung?

Das Bundesgericht hat jüngst entschieden ³¹, das Mäklervertragsrecht sei im Obligationenrecht nicht abschliessend geregelt, wobei insbesondere auf die bestehenden öffentlich-rechtlichen Bundesvorschriften hingewiesen wurde ³². Dem ist zwar schon aufgrund des offensichtlichen Regelungsdefizits ³³ im Mäklerprivatrecht zuzustimmen. Nur ist diese Feststellung m.E. für die Frage der Zulässigkeit kantonalen öffentlichen Rechts nicht von Bedeutung ³⁴. Dies rückt auch die Tatsache in den Hintergrund, dass der zitierte Entscheid in radikaler Abkehr von der früheren Rechtsprechung erfolgte. Die Frage, ob das Mäklerrecht abschliessend geregelt sei, wurde dort noch vorbehaltlos bejaht. Erwähnenswert bleiben die früheren Argumente insofern, als sie die Unbrauchbarkeit der Fragestellung nach "abschliessender Regelung" aufzeigen.

Maximaltarife seien zunächst jedenfalls dann unzulässig, "wenn das Bundesrecht, wie hier, in einem bestimmten Gebiet ausdrücklich die Vertragsfreiheit anerkennt" ³⁵. Damit sei auch dem öffentlichen Interesse in einer Weise Rechnung getragen, dass weitere kantonale Eingriffe aus Gründen des öffentlichen Interesses ausgeschlossen seien, selbst wenn eine derartige Ordnung

³¹ BGE 110 Ia 111f.

³² BG über die Arbeitsvermittlung vom 22.6.1951 sowie VO I vom 21.12.1951, wo u.a. maximale Vermittlungsgebühren festgelegt werden; BG über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes (EGG) vom 12.6.1951, Art. 22; das EGG ist allerdings für das Mäklerrecht wenig aussagekräftig, vgl. auch hinten S. 223f.

³³ Vgl. vorn S. 13.

³⁴ Vgl. vorn S. 1209ff.

³⁵ BGE 70 I 223 (1944), zur Zulässigkeit der Gebührenordnung für Gülden- und Schuldbriefvermittler des Kantons Luzern.

an sich wünschenswert wäre ³⁶. Die Aufgabe, übermässig hohe Mäklerlohnforderungen zu korrigieren, habe der Gesetzgeber ausdrücklich dem Zivilrichter (OR 417) übertragen; dies könne daher nicht Aufgabe des kantonalen Gesetzgebers sein ³⁷. Auch die Tatsache, dass der Mäklervertrag formfrei zustande kommt, enthalte eine abschliessende Wertung durch den Bund und lasse keinen Platz für kantonale Schriftformerfordernisse ³⁸.

Das für die Frage der Vereinbarkeit mit dem Bundeszivilrecht zentrale Argument der Vertragsfreiheit hat mit der Frage einer abschliessenden Regelung wenig zu tun. Die Vertragsfreiheit ist für den ganzen besonderen Teil des Obligationenrechts anerkannt (OR 19 I). Eine ausdrückliche Anerkennung ist unnötig und hat allenfalls deklaratorischen Charakter. Auch OR 414 setzt als Auffangregelung die Vertragsfreiheit lediglich voraus. OR 20 anerkennt zudem ausdrücklich auch öffentlich-rechtliche Schranken.

Inwiefern der Entscheid für Vertragsfreiheit alle möglichen Aspekte des öffentlichen Interesse bereits mitberücksichtige, ist unerfindlich. Dasselbe gilt für den Teilaspekt der Formfreiheit. Wichtig, aber wiederum unter dem Gesichtspunkt der Vereinbarkeit mit dem Bundeszivilrecht ³⁹ zu berücksichtigen, ist schliesslich der Einwand, die Beschränkung des Art. 417 schliesse weitere Eingriffe aus.

³⁶ BGE 70 I 237; die angeführte ältere Rechtsprechung spricht jedoch nur zur Haltbarkeit vor der HGF.

³⁷ BGE 65 I 65 (1939), S. 84.

³⁸ BGE 65 I 65, S. 81f; das Freiburger Gesetz über die Vermittlung landwirtschaftlicher Grundstücke sah Schriftlichkeit vor; vgl. Gygi, ZSR 95, S. 353: hinsichtlich des Grundsatzes der Formfreiheit sei das Bundesrecht abschliessend; vgl. auch vorn S. 33ff.

³⁹ Hinten S. 218ff.

1.2.2. Oeffentliche Interessen im Mäklerrecht

Wie oben erwähnt, wird diese Voraussetzung regelmässig unter dem Gesichtspunkt der Vereinbarkeit mit BV 31 geprüft ⁴⁰. Das Bundesgericht hat für den Bereich der Wohnungsvermittlung die grundsätzliche Notwendigkeit eines Schutzes der Mietinteressenten als ausgewiesen bezeichnet; diese seien faktisch gezwungen, jede Möglichkeit zum Auffinden geeigneter Räume auszuschöpfen ⁴¹. Diese sehr globale Feststellung ruft jedoch nach Differenzierung. Zumindest wäre klarzustellen, gegen welche Praktiken der Mäklervertragspartner konkret des Schutzes bedarf. Dies ist unabdingbar, um über die Frage eines öffentlichen Interesses an staatlichen Eingriffen in die Privatautonomie unvoreingenommen entscheiden zu können.

Die oft ans Existenzielle gehende Notlage Wohnungssuchender scheint von gewissen Wohnungsvermittlern tatsächlich durch missbräuchliche Praktiken ausgenutzt worden zu sein. So wurden etwa erhebliche "Einschreibengebühren" erhoben, ohne dass der Mäkler die Möglichkeit der Vermittlung einer freien Wohnung hatte, noch die Absicht, sich um den Nachweis einer solchen zu bemühen ⁴². Eine vom Zürcher Justizdepartement mit Stichtag 25.11.1980 erarbeitete Bestandesaufnahme ergab ein bedenkliches Missverhältnis zwischen der Anzahl der Suchaufträge und den bei den Mäklern effektiv verfügbaren vermietbaren Wohnungen und Zimmern ⁴³. Zudem wurden zahlreiche Wohnungen an Interessenten nachgewiesen, obwohl vom potentiellen Vermieter nie ein entsprechender Auftrag erteilt worden war ⁴⁴.

⁴⁰ BGE vom 3.10.1984; 71 I 249; 70 I 223, 235ff; nicht geprüft in BGE 65 I 80f.

⁴¹ BGE 110 Ia 111ff, 116.

⁴² BezGer Zürich, unveröffentlichtes Urteil v. 6.9.1983, S. 5; dies war bereits Anlass zum Gesetz vom 5.3.1961 gewesen.

⁴³ 9605 Aufträgen standen 743 freie Objekte gegenüber.

⁴⁴ Vgl. BezGer Zürich, Urteil v. 6.9.1983, S. 5; vgl. auch vorn S. 49 Fn 50; zum deutschen WoVermG § 6: LG Hamburg, Urt.v. 16. 7. 1980, WM 1981, S. 59; OLG Karlsruhe, in NJW 1976, S. 1408.

Dagegen scheint es in Bezug auf die Provisionssätze im Erfolgsfall nicht zu ähnlichen Auswüchsen gekommen zu sein, wie in der BRD ⁴⁵. Es fällt auf, dass alle drei Instanzen im Zürcher Fall die Frage, ob (generell) überhöhte Mäklerlöhne gefordert würden, nicht aufwerfen, obwohl der Hauptstreitpunkt, ob die Festsetzung einer Maximalprovision von 75% eines Monatsmietzinses zulässig sei, gerade eine Untersuchung dieses Punktes verlangt hätte. Die Bejahung der Zulässigkeit des strittigen Höchsttarifs allein trägt jedenfalls nichts zur Bekämpfung der oben erwähnten, mehr oder weniger nachgewiesenen Missstände bei. Zu seiner Rechtfertigung bedürfte es m.E. des Nachweises, dass Mäklerkunden gerade durch die Verpflichtung zur Bezahlung übersetzter Mäklerlöhne der Gefahr der Uebervorteilung oder gar Ausbeutung ausgesetzt und somit schutzbedürftig seien. Der generelle Hinweis auf Missachtung von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr kann als polizeiliche Motivierung für eine Maximaltaxe nicht genügen ⁴⁶. Nur am Rande sei bemerkt, dass das sonst restriktive geltende deutsche Wohnungsvermittlungsgesetz keine Höchstansätze enthält ⁴⁷.

⁴⁵ Vgl. Motive aus dem Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Entgelte der Wohnungsvermittler vom 25.6.1968: Maklergebühren von 4 - 5 Monatsmieten, bei Glaser/Warncke S. 360; die "Begründung" in BGE 70 I 228, die Allgemeinheit sei "vor der bisher häufigen gewissenlosen Ausbeutung und vor Uebervorteilung zu schützen", beruht offenbar weniger auf Tatsachen, als Vorurteilen und Extrapolationen von Einzelfällen.

⁴⁶ Der anzulegende Masstab muss streng sein, vgl. auch BGE 70 I 236, wo man aber einen gründlichen Vergleich der Situation der betroffenen Mäklerkreise mit den dort aufgezählten Berufsleuten, bei denen Höchsttarife zugelassen wurden, vermisst; ebenso vage diesbezüglich BGE 110 Ia 116, der sich auf die "gesamte Interessenlage" beruft.

⁴⁷ § 3 I statuiert lediglich: "Das Entgelt .. ist in einem Bruchteil oder Vielfachen der Monatsmiete anzugeben", vgl. aber auch hinten S. 253.

1.2.3. Vereitelung des Bundeszivilrechts?

1.2.3.1. Höchsttarife zur Wohnungsvermittlung

Die m.E. zentrale Frage, ob kantonale, die Vertragsfreiheit im Mäklerrecht einschränkende, Erlasse nicht deshalb unzulässig sind, weil sie Sinn und Geist der obligationenrechtlichen Regelung krass zuwiderlaufen, bzw. im Verbund mit bundesrechtlichen Beschränkungen geradezu vereiteln, wurde auch im jüngsten Entscheid des Bundesgerichts nur nebenbei aufgeworfen, und schon deshalb verneint, weil die Tarifordnung das bereits in OR 417 erkennbare Anliegen, den schwächeren Vertragspartner zu schützen, aufnehme ⁴⁸. Auch die Frage der Verhältnismässigkeit im Rahmen des Eingriffs in die HGF wurde ohne weitere Begründung bejaht. Gemäss vorinstanzlichem Entscheid sei zudem der Schutz des schwächeren Vertragspartners dem Bundeszivilrecht immanent und könne schon deshalb dessen Sinn und Geist nicht zuwiderlaufen ⁴⁹.

Diese Argumentation beruht auf einer Vermischung der Kriterien des öffentlichen Interesses und der grundsätzlichen Vereinbarkeit mit dem Bundeszivilrecht. Wo eine Situation nach Eingriffen des kantonalen Gesetzgebers zum Schutz einer Gruppe von schwächeren Vertragspartnern ruft ⁵⁰, ist allenfalls ein öffentliches Interesse gegeben. Dass dieser Zweck auch von OR 417 verfolgt wird, ist unbestritten, vermag aber nicht zu verhindern, dass eine kantonale Norm der Zivilrechtsregelung dann zuwiderläuft, wenn

⁴⁸ BGE 110 Ia 111ff, 115; vgl. schon das Obergericht, unveröff. Urteil vom 12.4.1984, S. 6.

⁴⁹ Obergericht, unveröff. Urteil v. 1.4.1984, S. 7.

⁵⁰ OR 417 ist für die Vermittlung von Mietverträgen nicht anwendbar; die Rechtsbehelfe des allgemeinen Teils sind auch hier stumpfe Waffen; für die Berufsausübung wird weder eine Bewilligung noch der Nachweis beruflicher und charakterlicher Fähigkeiten verlangt.

sie die Vertragsfreiheit in einer Weise beschneidet, die weit über das vom Bundesgesetzgeber selbst eingehaltene Mass hinausgeht. Die (relativ) zurückhaltende Art und Weise, in der OR 417 Missbräuchen im Einzelfall zu steuern versucht ⁵¹, sollte vielmehr Richtlinie auch für die kantonale Gesetzgebung sein. Zumindest kann die starre Höchsttariffestsetzung, noch dazu ohne Nachweis konkreter Missstände gerade in Bezug auf die Provisionshöhe, nicht ohne Begründung als verhältnismässig bezeichnet werden ⁵². Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit hätte vor allem auch beachtet werden müssen, dass die Zürcher Regelung über die Festsetzung von Höchstprovisionen hinaus die Vereinbarung von Auslagenersatz verbietet ⁵³. Dies steht in krassem Widerspruch zur obligationenrechtlichen Entschädigungsregelung, die diese Möglichkeit ausdrücklich vorsieht (OR 413 III). Vertretbar wäre allenfalls die Festschreibung der Praxis, dass im Erfolgsfall im Zweifel Aufwendungsersatz in der Provision mitenthalten ist. Das Verbot von Spesenersatz bei erfolgloser Vermittlung ist unnötig und unhaltbar ⁵⁴. Um Missbräuchen vorzubeugen genügte es, Vorschüsse und Vereinbarungen von pauschalisiertem Aufwendungsersatz zu verbieten ⁵⁵. Durch die Kombination von Auslagenersatzverbot und (niedrigem) Höchsttarif ⁵⁶ wird die Entschädigungsregelung des Obligationenrechts faktisch ausser Kraft gesetzt.

⁵¹ Vgl. hinten S. 225ff, 247ff.

⁵² So das Obergericht im zitierten Urteil, S. 7.

⁵³ Tarifordnung §§ 1, 2.

⁵⁴ Vom Bundesgericht aber für nicht willkürlich erachtet, vgl. BGE 110 Ia 111ff.

⁵⁵ Auch das deutsche Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung (vom 4.11.1971, BGBI I S. 1747) lässt Auslagenersatz bei Nichtzustandekommen ausdrücklich zu (§ 3 II Satz 3); im Erfolgsfall nur, soweit die nachgewiesenen Auslagen 1 Monatsmiete übersteigen (§3 II Satz 2); der Entwurf zur Neuregelung des Maklerrechts im BGB übernimmt diese Regelung in §§ 654 - 654e.

⁵⁶ Ähnlich rigoros der nicht Gesetz gewordene deutsche Entwurf vom 25.6.1968, vgl. bei Glaser/Warncke S. 358ff).

Unter dem Gesichtspunkt der Handels- und Gewerbebefreiheit muss eine solche Regelung, welche die Ausübung des Berufs des selbstständigen Wohnungsmäklers ausserordentlich erschwert, wenn nicht, was das Bundesgericht offensichtlich in Kauf zu nehmen bereit ist, verunmöglicht, als unverhältnismässig bezeichnet werden.

Die juristische Begründung der Zulässigkeit von Höchsttarifen ist zumindest im hier besprochenen Fall wenig überzeugend. Auch wirtschaftspolitisch darf bezweifelt werden, ob es sinnvoll sei, eine weitgehend effiziente mittelständische Alternative zur nicht allzu erfolgreichen kommunalen Wohnungsvermittlung zum vornherein zu verunmöglichen.

Nachgewiesene Missstände sind durch gezielte und ausgewogene staatliche Eingriffe, wie etwa ein Verbot von Einschreibebühren, zu beseitigen. Falls übersetzte Provisionen zu einem echten Problem würden, wäre beispielsweise die Einführung eines dem Art. 417 OR nachempfundenen (kantonalrechtlichen) Herabsetzungsverfahrens vor dem Einzelrichter im summarischen Verfahren in Betracht zu ziehen, soweit eine Ausdehnung von dessen Geltungsbereich auf bundesrechtlicher Ebene nicht opportun erschiene.

1.2.3.2. Höchsttarife zur Grundstücks- und Darlehensvermittlung

Wo die Möglichkeit zur Herabsetzung unverhältnismässig hoher Mäklerlöhne bundesrechtlich bereits vorgesehen ist, muss die Festsetzung kantonaler Höchsttarife zum vornherein als unzulässig bezeichnet werden. Dies gilt ohne Einschränkung für den Bereich der Vermittlung von Grundstückskaufverträgen 57. OR 417 genügt

57 Für die Vermittlung nichtlandwirtschaftlicher Grundstücke gibt es deren zwei: im Kt. Aargau den Geschäftsagententarif vom 23.12.1918; im Kt. Fribourg den genehmigten Tarif vom 14.7.1970; eine nicht ausgeschöpfte Rechtsgrundlage besteht in den Kantonen Bern, (VO über das Immobilien-Treuhandwesen Art. 20), Jura (Art. 14 I) sowie Luzern (Grundstückvermittlungsgesetz § 7); Zwangstarife für die Vermittlung landwirtschaftlicher Grundstücke existieren nicht, falsch Gautschi 417 N 2.

vollauf, um Missbräuche zu korrigieren. Der Begriff der Unverhältnismässigkeit orientiert sich gemäss gängiger Praxis vor allem an den branchen- und marktüblichen örtlichen Ansätzen 58. Innerhalb dieses Rahmens wird durchaus auch auf die Umstände des Einzelfalls Rücksicht genommen. Generell dürften aber bereits Berufszulassungsbeschränkungen und Patentrepflicht in fast allen Kantonen 59 den Zweck, unlautere Geschäftemacher vom Markt fernzuhalten, weitgehend erreicht haben.

Im Bereich der Darlehensvermittlung haben alle kantonalen Gesetzgeber zum Mittel des Höchsttarifs gegriffen 60. Wo die Vereinbarung von Auslagenersatz und die Erhebung mässiger Gebühren vor Erfüllung des Darlehensvertrags nicht ganz verunmöglicht wird 61, muss dies, angesichts der regelmässigen Gefährdung durch die Unterlegenheit an geschäftlicher Erfahrung, als haltbar betrachtet werden. Angemessen scheint auch, dass der zugelassene Prozentsatz durchwegs mit zunehmender Darlehenshöhe abnimmt; dies entspricht einer allgemeineren Praxis 62.

58 Vgl. hinten S. 244ff; m.E. unhaltbar ist die Appenzeller Regelung, wo diese üblichen Ansätze die Obergrenze bilden sollen, vgl. Art. 10 der VO über die gewerbsmässige Vermittlung von landwirtschaftlichen Liegenschaften v. 17.11.1953.

59 Ausnahme: Zürcher Liegenschaftenvermittlungsgesetz v. 16.5.1943.

60 Aargau, Geschäftsagententarif § 3 IV; Bern, VVO zum Darlehensvermittlergesetz Art. 1; Jura, Ordonnance II, Article premier; Zürich, VO zur Darlehensvermittlung, § 14; vgl. auch BGB E § 655c, wo kein Höchsttarif vorgesehen ist.

61 Vgl. Zürich VO zur Darlehensvermittlung, § 12 - 16; zu weitgehend dagegen Bern und Jura, Art. 1, die Auslagenersatz verbieten.

62 Vgl. von Büren S. 214; ZR 35, 1936, Nr. 63, S. 138 E 8.

2. Art. 418 OR

OR 418 enthält einen echten Vorbehalt zugunsten kantonalen Privatrechts ⁶³, ohne dass die Möglichkeit zur Statuierung öffentlich-rechtlicher Normen tangiert würde. Nur Huber scheint von einem besonderen Vorbehalt zugunsten des kantonalen öffentlichen Rechts auszugehen: der Gegenstand bleibe gesetzlich ungeregelt und werde nicht ersatzweise vom Bundeszivilrecht beherrscht, soweit die Kantone keine öffentlichrechtlichen Bestimmungen erlassen ⁶⁴. Dass jedoch OR 418 sinnvoll nur im Zusammenhang mit ZGB 5 verstanden werden kann, gesteht er selber indirekt zu, wenn er von "teilweise echtem" Vorbehalt spricht ⁶⁵.

Der sachliche Anwendungsbereich ist klar begrenzt; die Aufzählung der Tätigkeitsbereiche ist abschliessend. Ausserhalb der "Verrichtungen der Börsenmäkler und Sensale sowie der Stellenvermittler" hat Art. 418 keine Bedeutung ⁶⁶. Zu unrecht wird er von der Rechtsprechung auch im Zusammenhang mit dem Erlass kantonalen öffentlichen Rechts im Bereich der Liegenschaften-, Wohnungs- und Darlehensvermittlung herangezogen ⁶⁷.

Inwiefern OR 418 auf "Anliegen des Schutzes des schwächeren Vertragspartners" Bezug nehmen sollte, wie das Bundesgericht obiter angedeutet hat ⁶⁸, ist unerfindlich.

⁶³ "Es bleibt den Kantonen vorbehalten, über die Verrichtungen der Börsenmäkler, Sensale und Stellenvermittler besondere Vorschriften aufzustellen"; Oser/Schönenberger 418 N 2; Egger ZGB 6 N 2; Guggenbühl S. 73.

⁶⁴ Huber, ZGB 6, N 102.

⁶⁵ Huber, ZGB 6, N 102 a.E.; ZGB 5 I bestimmt: "Soweit das Bundesrecht die Geltung kantonalen Rechtes vorbehält, sind die Kantone befugt, zivilrechtliche Bestimmungen aufzustellen oder aufzuheben".

⁶⁶ Auch für die aufgezählten Gebiete nicht, da diese weitestgehend durch öffentliches Recht des Bundes und der Kantone abgedeckt werden; vgl. Gautschi 418 N 1, 2; BGE 65 I 65, 70 I 223.

⁶⁷ Vgl. RVJ 1977 p. 361.

⁶⁸ BGE 110 Ia 115.

3. Art. 22 EGG

EGG 22 verpflichtet die Kantone zum Erlass von Vorschriften über die Vermittlung landwirtschaftlicher Grundstücke ⁶⁹. Die Rechtsnatur dieser Kompetenzdelegationsnorm und der gestützt darauf erlassenen kantonalen Normen ist umstritten.

Der bundesrätliche Gesetzesentwurf ⁷⁰ sah die Aufstellung eines Minimums von einheitlichen bundesrechtlichen Regelungen vor (Art. 17 - 19), um damit der Rechtszersplitterung wenigstens teilweise ein Ende zu bereiten, und um die Gültigkeit der geforderten Bewilligung im ganzen Gebiet der Schweiz zu gewährleisten. Die Kantone sollten darüber hinaus weitere gewerbepolizeiliche Bestimmungen aufstellen dürfen (E Art. 20 Abs.1), insbesondere strenge Anforderungen an die berufliche Eignung stellen, das Aufsichts-, Disziplinar- und Buchführungswesen regeln ⁷¹. Ausdrücklich ausgeschlossen wurde der Erlass privatrechtlicher, das Auftragsverhältnis berührender Bestimmungen ⁷². Die obligationenrechtlichen Normen, insbesondere OR 417, genügten laut Botschaft zum Schutz der Auftraggeber vor Uebervorteilung ⁷³.

Von der klaren und ausgewogenen Vorlage blieb nach der "Behandlung" in den Räten nur eine "gestraffte", völlig entstellte Fassung übrig, verkürzt auf einen einzigen Artikel ⁷⁴. Die (kaum begründete) Notwendigkeit einer Regelung der Materie blieb unbestritten. Bundesvorschriften aufgrund von BV 31 bis II seien aber nicht nötig; es genüge, die Kantone zum Erlass von Regelungen zu

⁶⁹ Dieser Verpflichtung sind, mit Ausnahme der Kantone Tessin und Uri, alle Kantone nachgekommen; vgl. vorn, Quellen.

⁷⁰ Vgl. Botschaft vom 30.Dez. 1947, in BB1 1948 Bd I, S. 21ff.

⁷¹ Botschaft S. 57.

⁷² Anders noch der BRB v.19.1.1940 ; vgl. dazu BGE 70 I 223, 235.

⁷³ Botschaft S. 58.

⁷⁴ Offenbar das Ergebnis von Kommissions-Sitzungen; eine Diskussion im Plenum fand nicht statt; vgl. StenBull NR 1948, S. 708; 1949, S. 888; Stenbull StR 1949, S. 346; 1950, S. 50.

verpflichten. Man nahm in Kauf, dass die kritisierte Schranke verschiedener kantonalen, jeweils gebührenpflichtiger Konzessionen für die Vermittler unverändert bestehen blieb ⁷⁵.

Die Darlegungen der Botschaft müssen auch für den verunglückten Art. 22 in seiner heutigen Fassung massgebend sein. Selbst dem EJPD erschien die "Delegation einer rein privatrechtlichen Bestimmung an die Kantone etwas ungewöhnlich" ⁷⁶; ob der Erlass von Höchsttarifen zulässig sei, könne erst nach der Auslegung durch das Bundesgericht beurteilt werden ⁷⁷. Indizien dafür, dass EGG 22 einen echten Vorbehalt zugunsten kantonalen, dem OR derogierenden Privatrecht enthalte, bestehen keine ⁷⁸.

Kantonale Vorschriften über die Vermittlung landwirtschaftlicher Grundstücke sind daher nur innerhalb der Schranken von ZGB 6 I zulässig. In Analogie zu ZGB SchlT 52 und 53 das kantonale Recht als unentbehrliches öffentliches Ausführungs- und Vollzugsrecht ("abhängiges Hilfs- und Ergänzungsrecht" ⁷⁹) zu verstehen, wäre ungerechtfertigt.

⁷⁵ Vom "Notbehelf" der Gegenrechtserklärungen wurde kaum Gebrauch gemacht; eine Ausnahme bildet der Kanton Zürich, vgl. vorn, Quellen.

⁷⁶ VEB 22, 1952, Nr. 57, S. 99.

⁷⁷ Nicht entschieden; im Bereich der Arbeitsvermittlung sei die bundesrechtliche Regelung beschränkt; den Kantonen bleibe durchaus Raum für eigene Regelungen, vgl. BGE 82 IV 173.

⁷⁸ BGE 110 Ia 114 spricht ohne weitere Begründung von der Verpflichtung der Kantone, öffentlichrechtliche Vorschriften zu erlassen.

⁷⁹ Huber ZGB 6 N 52; solche Normen würden von ZGB 6 nicht erfasst; ein Eingriff in Bundesprivatrecht, insbesondere die Vertragsfreiheit, wäre a priori ausgeschlossen; die hier in Frage stehenden kantonalen Normen sind aber durchaus eigenständig.

B. Korrektur durch den Richter

I. Art. 417 OR (Herabsetzung)

1. Entstehungsgeschichte

Die Möglichkeit richterlicher Herabsetzung eines unverhältnismässig hohen Maklerlohns setzt der in OR 414 betonten Parteiautonomie für die "Preisgestaltung" enge, im folgenden zu untersuchende Grenzen ¹. Zunächst ist auf die Begründung dieses Einbruchs in die Vertragsfreiheit, sowie die allgemeine Zielsetzung der Norm zur Zeit der Entstehung einzugehen. Die oberflächliche Behandlung durch den schweizerischen Gesetzgeber (dazu hinten 1.2.) legt eine nähere Betrachtung der Geschichte der Vorlage zu OR 417, BGB §655, nahe.

1.1. Deutschland (BGB § 655)

Die Idee eines Herabsetzungsrechts wurde von der XII. Kommission des Reichstags in der Sitzung vom 12.6.1896 aufgebracht. Die Urfassung lautete wie folgt: "Ist der vereinbarte Maklerlohn unverhältnismässig hoch, so kann derselbe auf Antrag des Schuldners durch Urtheil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden" ².

Die Regierung kämpfte mit guten Argumenten, aber letztlich erfolglos dagegen; "es bestehe kein genügender Grund dazu, die

¹ Zur Frage, ob dadurch "Herabsetzung" durch den kantonalen Gesetzgeber ausgeschlossen sei, vgl. BGE 65 I 65, 84; Guggenbühl S. 162; Vgl. auch vorn S. 214ff.

² Vgl. bei Jakobs/Schubert S. 10; ihr Urheber, Dziembowski, wollte zwei Fallgruppen exorbitanter Maklergebühren unterscheiden: 1) Ausnutzung einer Notlage oder Unerfahrenheit; 2) Verwendung der überhöhten Maklergebühr zur Beeinflussung (Bestechung) des Hauptvertragspartners, vgl. bei Mugdan, S. 1324.

Vertragsfreiheit in Beziehung auf den Mäklerlohn ebenso zu beschränken wie in Bezug auf die Konventionalstrafe; es sei das auch nicht geltendes Recht. Die Bestimmungen über Betrug, Wucher und Verstoß gegen die guten Sitten böten hinreichenden Schutz" ³.

Zudem "werde die Beurtheilung der Fragen, ob der beanspruchte Maklerlohn unverhältnismässig hoch sei, deshalb zu ganz besonderen Schwierigkeiten und Zweifeln führen, weil in Maklergeschäften zahllose Bemühungen nicht zum Ziele führten und keinen Lohn abwürfen, wofür der Maklerlohn eines gelingenden Geschäfts den Ausgleich bringen müsse. Der Richter sei auch gar nicht in der Lage, zu beurteilen, ob vom Standpunkte des Mäklers aus der vereinbarte Lohn unverhältnismässig hoch ist. Die Bestimmung untergrabe das ganze Gewerbe der Mäkler und sei unter allen Umständen für den Handelsverkehr unmöglich" ⁴.

Der Reichstag war anderer Auffassung: Die Norm sei notwendig; Uebervorteilung insbesondere gegenüber Dienstsuchenden und Schauspielern sei häufig; die Makler seien zum grossen Teil "nicht sehr vertrauenswürdige Personen" ⁵.

Der Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf übliche Maklerlöhne und dem Zusatz bezüglich Rückforderungen nach Zahlung ⁶ folgte in zweiter Kommissionslesung die Beschränkung des ursprünglich umfassenden sachlichen Anwendungsbereichs, die vom Plenum übernommen wurde ⁷. Dringende sozialpolitische Gründe lägen nur bei der Vermittlung von Dienstverträgen vor, wo der wirtschaftlich Schwächere zu schützen sei ⁸. Eine allgemeine Beschränkung entspreche nicht nur keinem Bedürfnis, sondern sei auch wegen der prakti-

³ Vgl. bei Jakobs/Schubert S. 11.

⁴ Originalzitat aus der Regierungsbegründung, wiedergegeben bei Mugdan S. 1292.

⁵ Vgl. bei Mugdan S. 1292; immerhin wurde erwogen, ob nicht für Handelsmäkler eine Ausnahme zu machen sei.

⁶ Vgl. bei Jakobs/Schubert S. 11; BGB § 655, letzter Satz.

⁷ Vgl. bei Mugdan S. 1324f; S. 1292.

⁸ Vgl. bei Mugdan S. 1325.

schen Anwendungsschwierigkeiten bedenklich ⁹. Abgesehen von der eben erwähnten Einschränkung wurden die Argumente der Regierung aber nicht gehört. Wichtige Fragen blieben offen, so die Abgrenzung der Herabsetzungsnorm von den Bestimmungen über die Uebervorteilung, Wucher und Unsittlichkeit, ebenso, ob und weshalb diese nicht genügten.

1.2. Schweiz (OR 417)

Die sog. grosse Expertenkommission zum schweizerischen Obligationenrecht befasste sich generell nur oberflächlich mit den Bestimmungen über den Maklervertrag ¹⁰. Der Beratung lag der Wortlaut der §§ 652 - 656 BGB zugrunde. Der Vorsitzende setzte ausdrücklich, in Ermangelung von Bemerkungen zu diesen Bestimmungen, die Zustimmung der Kommission voraus ¹¹. Auch von BGB 655, der Vorlage zu OR 417 ¹², wurde lediglich - wohlwollend - Kenntnis genommen ¹³.

Art. 1475e war zunächst mit BGB 655 inhaltlich identisch und sachlich auf die Vermittlung von Dienstverträgen beschränkt. Erst die Nationalratskommission schlug vor, über BGB 655 hinaus die Vermittlung von Grundstücken miteinzubeziehen ¹⁴. Die erweiterte Bestimmung passierte die Räte ohne Diskussion ¹⁵. Offen blieb auch, wie weit die Parallele zur Herabsetzung bei Konventionalstrafen gezogen werden könne ¹⁶.

⁹ So der Referent, Enneccerus, bei Mugdan S. 1325.

¹⁰ Der erste bundesrätliche Entwurf von 1905 sah nur einen Artikel vor, E Art. 1461.

¹¹ Protokoll der 27. Sitzung vom 10.3.1903 in Bern, S. 98.

¹² Im 2. Entwurf vom 1.6.1909 noch Art. 1475e.

¹³ Protokoll S. 98: die Bestimmung sei gerecht und entspreche dem Bedürfnis der Praxis.

¹⁴ StenBull NR, XIX, 1909, S. 716, Referat E. Huber.

¹⁵ Vgl. auch StenBull StR, XX, 1910, S. 229.

¹⁶ Vgl. Fn 15, Referent Hoffmann vor dem Ständerat; zur Entstehung von OR 163 III vgl. Bühler, S. 173ff.

Die Frage der Regelungsbedürftigkeit an sich wurde nie aufgeworfen. Dominierender, aber nur diffus zum Ausdruck gebrachter und begründeter Grundgedanke war die Idee vom "Schutz des Schwächeren" 17. Keine Rolle spielte dagegen ein öffentliches Interesse an mässigen Grundstückspreisen 18. Die Problematik der Anwendung durch den Richter wurde weitgehend verkannt. Man vertraute auf dessen Handhabung des Ermessens 19.

Als Fazit bleibt festzuhalten, dass die Entstehungsgeschichte des OR 417, auch unter Einbezug seines deutschen Vorbilds, nur wenige Anhaltspunkte in Bezug auf Normgehalt und Normanwendung liefert. Wo nicht der Wortlaut Grenzen setzt 20, werden daher im Rahmen der geltungszeitlichen Analyse teleologische Gesichtspunkte im Vordergrund stehen dürfen und müssen 21.

¹⁷ Gleichzeitig kann von einer Misstrauenskundgebung gegenüber den Mäklern gesprochen werden; bezeichnend Hoffmann: "Ihre Kommission.. hat dem Mäkler nicht sehr wohl gewollt", StenBull StR, 1910, XX, S. 229; vgl. auch Turrettini p. 87; von Büren S. 214; Guggenbühl S. 162; vgl. auch BGE 110 Ia 110ff, 115.

¹⁸ Vgl. BGE 88 II 513 (mit Hinweisen); dieses unnötigerweise zur Begründung des zwingenden Charakters verwendete Argument findet in den Materialien keine Stütze; ohnehin ist zweifelhaft, ob die Höhe der Mäklerprovision das Grundstückspreisniveau generell beeinflussen kann.

¹⁹ Vgl. Fn 14, Eugen Huber vor dem Nationalrat.

²⁰ Insbesondere beim sachlichen Anwendungsbereich, vgl. 2.1.

²¹ Die Tragweite der Norm hängt damit auch vom politischen Standort des Auslegenden ab, bzw. könnte davon abhängen, wenn sich die Gerichte um eine vertiefte Analyse bemühten; vgl. dazu hinten, S. 238ff, zur Frage der Feststellung der Unverhältnismässigkeit, sowie S. 247ff (Stellungnahme).

2. Sachlicher Anwendungsbereich

2.1. Nach Vermittlungsobjekten

Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ist OR 417, als Ausnahmebestimmung zu OR 414, einschränkend auszulegen²². Gemäss dem Wortlaut würde ausschliesslich die Vermittlung von Einzelarbeits- und Grundstückskauf- bzw. Tauschverträgen erfasst. "Un contrat de licence ayant pour objet la fabrication de lifts pour automobiles ne rentre manifestement pas dans le cadre tracé par cette disposition légale"²³. Verneint wurde auch die Anwendbarkeit auf "ventes de commerce"²⁴.

Andererseits spricht der Zweck des Gesetzes gegen eine zu enge Auslegung. Sowohl bezüglich des Objekts ("Grundstücke") wie der Vertragsart ("Kaufvertrag") gingen die Gerichte wiederholt über den Wortlaut des Art. 417 hinaus. Die ratio legis, Schutz des Arbeitssuchenden und Bekämpfung von Missbräuchen, verlange Anwendung auch beim Architekten im Auftragsverhältnis²⁵, auf den Vertrag über Nachweis von Gelegenheiten zum Abschluss von Baurechtsverträgen (ZGB 779 I, 675 I)²⁶, oder auf die Vermittlung eines Kaufrechtsvertrags²⁷.

Der nur vorsichtig ausdehnenden Rechtsprechung ist m.E. beizupflichten. Die im deutschen Recht ursprünglich vorgesehene unbeschränkte Anwendbarkeit der Herabsetzungsnorm auf alle Mäklerverträge, unbeschten des vermittelten Objekts, setzte sich nicht

²² Guggenbühl S. 162f; Oser/Schönenberger 417 N 2; von Büren S. 214; BGE 106 II 56f.

²³ BGer in SemJud 1979, p. 627.

²⁴ SemJud 1950, p. 563; JdT II 1957-1959 p. 30.

²⁵ SemJud 1971, p. 58ss.

²⁶ BGE 106 II 56f; diese dienten dem gleichen Zweck wie das Eigentum am Grundstück selbst; eine teleologische Auslegung, v.a. das öffentliche Interesse, erfordere Gleichstellung mit Kaufverträgen.

²⁷ BGE 83 II 153 (pacte d'emption).

durch. Ein Bedürfnis wurde nur für die Dienstvertragsvermittlung anerkannt ²⁸. Welche Gründe den Schweizer Gesetzgeber zum Einbezug von Grundstückkäufen bewogen, bleibt dunkel. Die Verwendung juristisch präziser Begriffe ("Grundstück", "Kauf") lässt jedoch wenig Spielraum offen. Es gibt kein Indiz dafür, dass eine Wiederbelebung der Urfassung beabsichtigt wurde ²⁹.

Teleologisch wäre dagegen durchaus an eine Ausweitung zu denken, wo ausserhalb des Anwendungsbereichs Missbräuche nachgewiesen und Schutzbestimmungen notwendig sind ³⁰. Die weitere Beschneidung der Vertragsfreiheit ³¹ wäre in Kauf zu nehmen. Da die Möglichkeit des Rückgriffs auf OR 19ff kaum genügt, bliebe sonst nur die (schlechtere) Alternative staatlicher Maximaltarife ³².

Keine Ausdehnung, schon vom Wortlaut her, bedeutet die Anwendung auf Verträge über die Vermittlung landwirtschaftlicher Grundstücke ³³.

2.2. Nach Art der Entgeltfestsetzung ("Vereinbarter Mäklerlohn")

2.2.1. "Mäklerlohn"

Gemäss Gesetzeswortlaut ist nur "vereinbarter Mäklerlohn" herabsetzbar. Unter Mäklerlohn fällt nicht nur die erfolgsbedingte Provision (Prozentsatz oder Mehrerlös), sondern auch Aufwendungs-

²⁸ Vgl. vorn S. 226; darauf beschränkt sich auch der geltende § 655 BGB; de lege ferenda wird nur vereinzelt Ausdehnung des Anwendungsbereichs gefordert, vgl. Schwerdtner S. 156 Rz 172; Tonner, BB 1984, S. 245.

²⁹ Der Bereich der Wohnungsvermittlung stand zudem damals noch nicht im Blickfeld der Gesetzgebung.

³⁰ Vgl. etwa vorn S. 216ff zur Wohnungsvermittlung.

³¹ Vgl. AGVE 1975, S. 59.

³² Vgl. vorn S. 214ff.

³³ A.A. Hofstetter S. 129; Gautschi 417 N 2, 3a; vgl. auch vorn S. 223f.

ersatz ³⁴. Eine Einengung wäre unter teleologischen Gesichtspunkten unhaltbar und würde Umgehungen Tür und Tor öffnen ³⁵. Der Begriff selbst steht dieser Auslegung nicht entgegen. Auch der Grundsatz, Ausnahmebestimmungen seien generell restriktiv zu interpretieren, vermag die gegenteilige Auffassung nicht zu stützen ³⁶.

Eine Schadenersatzforderung, die an die Stelle der Maklerlohnforderung tritt, ist nicht nach OR 417 herabsetzbar, sondern nach OR 43, 44, 99 III. Nebeneinander bestehende Forderungen sind strikt auseinanderzuhalten. Ein negatives Beispiel liefert der kantonale Entscheid ³⁷ in folgendem Fall: Versprochen wurde der Fr. 70'000.-- übersteigende Mehrerlös. Der Auftraggeber nahm eine vom Makler nachgewiesene Möglichkeit nicht wahr, zu Fr. 90'000.-- zu verkaufen, und verkaufte selbständig für Fr. 72'000.--. Der Makler verlangte Fr. 20'000.--: Fr. 2000.-- effektiven Mehrerlös und Fr. 18'000.-- Schadenersatz aus entgangenem Maklerlohn.

Das Gericht ging zunächst zu Unrecht davon aus, es bestünde eine Verpflichtung, zu Fr. 90'000.-- abzuschliessen. Im folgenden reduzierte es die Provision von 2,8% auf 2% (Fr. 1440.--, ohne Begründung), um dann die Schadenersatzforderung "proportional" auf 2% (von Fr. 18'000.--, also 360) zu reduzieren und insgesamt Fr. 1800.-- zuzusprechen.

M.E. hätten Fr. 2000.-- als Provision zugesprochen werden müssen; von unverhältnismässig hoher Vergütung kann keine Rede sein. Die Schadenersatzforderung dagegen hätte abgewiesen werden müssen. Ein Schaden ist dem Makler gar nicht entstanden. Auf jeden Fall besteht zwischen der Höhe des allfälligen Schadenersatzes und dem Ausmass der Herabsetzung des Maklerlohns keinerlei Zusammenhang.

³⁴ Oser/Schönenberger 417 N 2, 7; a.A. Guggenbühl S. 163f, 171; die Materialien geben keinen Aufschluss.

³⁵ Vgl. BGE 65 I 65, 84.

³⁶ BJM 1960, S. 121 a.E.: ohne Begründung die Anwendbarkeit des Art. 417 verneint, da nicht "reine" Provision, sondern Kombination von Gewinnbeteiligung mit Provision versprochen wurde.

³⁷ Luzern, Maximen 1961-70, Nr. 620, S. 631ff.

Die Frage der Herabsetzbarkeit subsidiärer Leistungspflichten stellt sich auch im Zusammenhang mit den sog. Provisionsgarantien 38.

Nach Reichel unterliegt die an die Stelle der Provision tretende Garantiesumme ohne weiteres der Herabsetzung nach OR 417 39. Dem kann nur soweit zugestimmt werden, als es sich um eine erfolgsunabhängige Provisionsforderung handelt, nicht aber, soweit ihr Konventionalstrafencharakter zukommt 40.

2.2.2. "vereinbart"

Schliesst der Ausdruck "vereinbart" jeden nicht durch die Parteien selbst vertraglich festgelegten Mäklerlohn aus, oder hat der Richter auch dann die Möglichkeit einer Korrektur nach OR 417, wenn dessen Höhe aufgrund von Tarifen oder Uebungen (OR 414) zu bestimmen war? Entstehungsgeschichtlich war die ausdrückliche Ausdehnung von "vereinbartem" auch auf "üblichen" Lohn durch Weglassung des Wortes "vereinbart" im § 655 BGB unbestritten 41. Weshalb in den Entwürfen und Beratungen zum OR ohne weiteres von der älteren deutschen Fassung ausgegangen wurde, ist unklar. Ein bewusster Gegensatz kann daraus nicht abgeleitet werden. Auch aus der Tatsache, dass die Praxis vor allem Tarife bzw. Uebungen als Korrekturmassstäbe im Rahmen von OR 417 verwendet 42, ergibt sich nicht, dass auf die Möglichkeit zur Korrektur insbesondere von Privattarifen 43 verzichtet werden kann. Bei Anwendung von Mäklerverbandstarifen als Uebung ist die Berücksichtigung der Interessen des Auftraggebers nicht zum vornherein garantiert. Zurück-

38 Vgl. vorn S. 144ff.

39 Reichel S. 228; Turrettini p. 89; Oser/Schönenberger 417 N 2.

40 Dann u.U. Herabsetzung nach OR 163 III; vgl. aber vorn S. 163ff.

41 Vgl. bei Jakobs/Schubert S. 11.

42 Vgl. hinten S. 244ff.

43 Sofern man diese anerkennt, vgl. vorn S. 200ff.

haltung des Richters - etwa aus rechtsstaatlichen Erwägungen (Gewaltenteilung) - wäre aber auch bei behördlichen (Subsidiär-) Tarifen nicht am Platz ⁴⁴.

3. Antrag auf Herabsetzung

3.1. Anforderungen an die Antragstellung

Die Frage der prozessualen ("formellen") Anforderungen ist vor-entscheidend für die praktische Anwendbarkeit ⁴⁵. Nach dem Wortlaut des Gesetzes wird der Richter nicht von Amtes wegen, sondern erst auf Antrag des Schuldners/Auftraggebers tätig. Dieser Antrag erfolgt regelmässig in der Form, dass der Schuldner als Beklagter im Maklerlohnprozess eventualiter (Normalfall) oder als Hauptbegehren Herabsetzung verlangt. Die - seltene - direkte Klage wird als Gestaltungsklage qualifiziert ⁴⁶.

Die Praxis hat das Prinzip ins Gegenteil verkehrt. Ein ausdrücklicher Antrag wird nicht verlangt. Es genügt jede Bestreitung der Provisionspflicht an sich oder in der Höhe. Darin liege implizit der Antrag auf Herabsetzung ⁴⁷. "La réduction doit être réputée requise.. dès le moment où le mandant ne se borne pas à contester le principe de sa dette, mais en critique également le montant en

⁴⁴ Vgl. Turrettini p. 90; die Frage ist zufolge der relativ niedrigen Ansätze theoretischer Natur.

⁴⁵ Die Materialien schweigen zu diesem Problem.

⁴⁶ Guggenbühl S. 165; Turrettini p. 95s; Oser/Schönenberger 417 N 3; vgl. auch BGE 88 II 514; a.A. Gautschi 417 N 3b: (Rück-) Leistungsklage bzw. Einrede; nicht aufgeworfen wurde die Frage der Qualifikation in AGVE 1984, S. 49ff.

⁴⁷ BGE 83 II 152; BGE 40 II 476; BJM 1971, S. 285; LU Maximen 1961-70, S. 631; SemJud 1950 p. 361; konstante Walliser Rechtsprechung, vgl. etwa RVJ 1977 p. 367.

invoquant des faits propres à motiver une réduction" 48. Dafür sei weder ausdrückliche Anrufung des Art. 417 notwendig, noch müssten sich die klägerischen Darlegungen überhaupt mit dieser Frage speziell befassen. "Il suffit que ses conclusions soient assez étendues pour comprendre une réduction judiciaire, ce qui est le cas lorsqu'il propose sa libération totale" 49. Da vor allem öffentliche Interessen im Spiel seien, dürfe man bezüglich des Antrags nicht formalistisch sein. Dieselben Ueberlegungen müssten im übrigen auch für die Konventionalstrafe massgebend sein, umso mehr, "als Art. 417 im Gegensatz zu Art. 163 Abs. 3 OR die Stellung eines Antrags ausdrücklich erwähnt" 50.

Der Rechtsprechung ist nur soweit zuzustimmen, als sie bezweckt, die Anwendbarkeit der Norm nicht unnötig zu erschweren. Der Antrag muss auch stillschweigend gestellt werden können. Es geht jedoch zu weit, jede Bestreitung einer Provisionspflicht überhaupt dahingehend zu interpretieren. Der Antrag ist die gegenüber dem Richter abzugebende Willenserklärung bezüglich Geltendmachung des Gestaltungsrechts auf Herabsetzung und somit prozessrechtlicher Natur. Der Wille des Auftraggebers, von seinem Recht Gebrauch zu machen, muss unmissverständlich erkennbar sein. Andernfalls verstösst der Richter gegen das aus der Dispositionsmaxime fliessende Verbot des Ueberschreitens der Parteianträge 51.

48 BGE 83 II 152; eigenständige kantonalrichterbliche Begründungen fehlen.

49 Anders noch BGE 57 II 187 E5; vgl. Turrettini p. 89.

50 BGE 109 II 120, 122; Herabsetzungsgründe müssten "behauptet und nachgewiesen oder nicht streitig sein", damit der kantonale Richter Herabsetzbarkeit überprüfen müsse.

51 Vgl. Sträuli/Messmer § 54 N 6; vgl. auch N 1: kein Verstoß gegen die Verhandlungsmaxime, wenn der Richter einen aus den Akten hervorgehenden Sachverhalt zugunsten einer Partei verwertet, den sie selber nicht anruft; diese Verwertung ist aber nur möglich innerhalb des gestellten Parteiantrags, der hier gerade nicht vorliegt.

Die Ausübung der richterlichen Fragepflicht darf grundsätzlich nicht dazu führen, den Auftraggeber erst zur Stellung eines Antrags zu veranlassen.

Die Begründung, mit der sich die Rechtsprechung im Effekt ganz vom Wortlaut des Art. 417 löst, überzeugt nicht. Dies gilt insbesondere für das angerufene Interesse in Bezug auf den Liegenschaftenmarkt ⁵². Sofern es eines Schutzes des Schwächeren überhaupt bedarf, wird er bereits durch die materiellrechtliche Korrekturmöglichkeit genügend gewährleistet. Er wird überspannt, wenn auch verfahrensrechtlich dem Auftraggeber, der häufig nicht schwächer, sondern nur unvorsichtig ist, die Mühe abgenommen wird, seine Interessen bewusst wahrzunehmen. Es genügt nicht, dass aus den Parteivorbringen hervorgeht, die Provision sei höher als üblich. Diese Feststellung allein berechtigt den Richter noch nicht zur Annahme eines Herabsetzungsantrags.

Die geltende Praxis ist abzulehnen, soweit sie im Ergebnis ⁵³ einer Anwendung des Art. 417 von Amtes wegen gleichkommt. Damit wird aus einer von der Zielsetzung her nur ausnahmsweise anzuwendenden Missbrauchsbekämpfungsnorm ein versteckter automatischer Maklerlohn-Kontrollmechanismus.

3.2. Antrag auf Herabsetzung nach Zahlung

Der Antrag gemäss OR 417 kann auch gestellt werden - und Herabsetzung bleibt möglich - nachdem die Provision bereits bezahlt

⁵² Vgl. vorn S. 228 Fn 18.

⁵³ V.a. zusammen mit einem ebenfalls überdehnten Verständnis der materiellen Anwendungsvoraussetzungen; zudem wird allgemein der Tatsache zu wenig Rechnung getragen, dass OR 417 eine "kann"-Vorschrift ist; es gibt daher, entgegen AGVE 1984, S. 31, kein Recht auf richterliche Herabsetzung, sondern lediglich das Recht, einen entsprechenden Antrag zu stellen.

worden ist 54. BGB 655 letzter Satz schliesst dies ausdrücklich aus. Der Schweizer Gesetzgeber hat bewusst auf eine analoge Lösung bzw. Uebernahme in das OR verzichtet 55. Aus der Rechtsnatur des Herabsetzungsanspruchs (Gestaltungsrecht) lässt sich nicht herleiten, es sei dennoch analog zum deutschen Recht vorzugehen 56.

Allerdings verwirkt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts der Schuldner, der im Wissen um die Unverhältnismässigkeit der Lohnforderung und die Möglichkeit der Herabsetzung vorbehaltlos zahlt, sein Antragsrecht, bzw. verzichtet darauf 57. Ein späterer Gesinnungswandel müsste als venire contra factum proprium ausgelegt werden 58. Es sei aber nicht leichthin anzunehmen, dass jemand auf seine Rechte verzichte, auch wenn eine "freiwillige" Provision vereinbart war 59.

Problematisch ist die Beweislastverteilung, zu der sich das Bundesgericht nicht äussert. Nach einem kantonalen Entscheid liegt der Beweis, dass der Auftraggeber die Möglichkeit der Herabsetzung kannte, beim Makler, wobei "les règles de la bonne

54 Oser/Schönenberger 417 N 8; ausführlich Turrettini p. 94ss; Herabsetzung der Konventionalstrafe ist dagegen nach h.L. ausgeschlossen, vgl. bei Keller/Schöbi S: 96; differenzierend Bucher AT S. 475.

55 Vgl. BGE 88 II 511, 513; Turrettini p. 96s; dies erkennt von Büren S. 215.

56 So aber Guggenbühl S. 167, unter Berufung auf Geismar, S. 241.

57 BGE 88 II 515; SemJud 1963 p. 313; Turrettini p. 97; der Zahlung ist die vorbehaltlose Ausstellung einer Schuldanererkennungsurkunde gleichzusetzen, vgl. den unveröffentlichten BGE vom 14.6.1983, S. 6f.

58 Vgl. auch Gauch/Schluep/Jäggi N 1155.

59 BGE 88 II 515; dies ist eine Tatfrage; vgl. auch BJM 1971, S. 285; offensichtlich kein Verzicht lag vor im Fall AGVE 1985, S. 49ff, 52f; daraus kann aber noch nicht, wie dies das Aargauer OGer tut, auf einen Anspruch auf Reduktion der Provision geschlossen werden.

foi obligent la partie adverse à prendre une part active dans la procédure probatoire en rapportant elle-même la preuve de ce fait" 60.

Der Lösung des Bundesgerichts kann nur teilweise gefolgt werden. Gewiss ist zu unterscheiden, ob in Kenntnis oder Unkenntnis der Möglichkeit des Art. 417 gezahlt wurde. Zu recht wird bei Kenntnis Anwendbarkeit des Art. 63 OR abgelehnt. Da ein Rechtsgrund immer gegeben sein wird (Mäklervertrag), ist aber unabhängig von Kenntnis der Nichtschuld ein Bereicherungsanspruch ausgeschlossen. Die Frage der Verwirkungsfrist stellt sich, entgegen der Auffassung des Bundesgerichts, nicht 61.

Andererseits will es bei Zahlung der Provision in Nichtkenntnis der Herabsetzungsmöglichkeit Rückforderung ohne Fristbegrenzung zulassen. Dies trägt aber dem Rechtssicherheitsinteresse 62 zu wenig Rechnung. Dem Schuldner ist m.E. analog zu OR 21 eine relative Verwirkungsfrist 63 von 1 Jahr ab Kenntnis 64 zu setzen, sowie eine absolute von 10 Jahren mit Beginn des Datums des Vertragsabschlusses 65.

60 SemJud 1963, p. 314.

61 Vgl. aber BGE 88 II 515: " l'art 67 CO limite dans une certaine mesure l'exercice de son droit".

62 Vgl. auch Guggenbühl S. 166.

63 Vgl. auch Becker 163 N 22.

64 Anders als bei der Uebervorteilung.

65 Vgl. auch Gautschi 417 N 3b.

4. Feststellung der Unverhältnismässigkeit (Kriterien)

Unter Unverhältnismässigkeit ist ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung zu verstehen ⁶⁶. Damit ist aber für die praktische Anwendung des Art. 417 noch alles offen. Nach einem Ueberblick über Theorie und Rechtsprechung zu dieser Problematik soll kritisch Stellung genommen werden.

4.1. Theorie

Eine Gesamterfassung der Problematik bietet einzig Guggenbühl ⁶⁷. Der Richter habe zwei Vergleichsobjekte abzuwägen. Den Maklerlohn, der i.d.R. dem Maklervertrag entnommen werden könne, einerseits, mit der Maklerleistung andererseits. Diese könne entweder in der Vermittlungs- oder Nachweistätigkeit als solcher, oder in deren Erfolg gesehen werden. Die erste Möglichkeit (sog. "alte Theorie") ⁶⁸ sei aus zwei Gründen abzulehnen. Sie entspreche dem Maklerkonzept der Art. 412ff OR nicht, sondern beruhe noch auf dem aOR, das den Maklervertrag als blosse Unterart des einfachen Auftrags aufgefasst hatte (aOR Art. 404); sie benachteilige den effizient arbeitenden Makler. Die - richtige - "neuere Theorie" berücksichtige, dass Maklerlohn Erfolgslohn sei, und dass der Makler ein beachtliches "aleatorisches Risiko" trage. Für die Frage, wie der Erfolg, zu dem die Provision in Bezug zu setzen sei, gewertet werden müsse, sei entweder auf einen subjektiven oder objektiven Massstab abzustellen. Subjektive Wertung bedeute

⁶⁶ Einhellige Lehre und Rechtsprechung, vgl. etwa Oser/Schönenberger 417 N 4; ZR 45, 1946, S. 248; zur Unverhältnismässigkeit im Rahmen von OR 163 vgl. BGE 103 II 129ff (Konventionalstrafe in Exklusivmaklervertrag); Bühler S. 175f.

⁶⁷ Guggenbühl S. 167 - 170; Zusammenfassung des Meinungsstands bis Ende der 40er Jahre.

⁶⁸ S. 168; vgl. auch Oser/Schönenberger 417 N 5, N 20a.

Abstellen "auf den Wert, den der Auftraggeber dem Erfolg zu-
misst" 69; sie sei abzulehnen, weil wandelbar und dem ordre-
public-Charakter der Norm zuwiderlaufend. Die massgebende objek-
tive Wertung habe "durch Herbeiziehung allgemeiner Anhaltspunkte"
zu erfolgen; "..diese bestehen in einer Berücksichtigung des
Wertes des durch den vermittelten Hauptvertrag umgesetzten Gegen-
standes. Für den Richter bedeutet dies eine ähnliche Tätigkeit,
wie sie ihm nach Art. 414 bei Fehlen einer Vereinbarung über die
Lohnhöhe obliegt. Er wird also überprüfen, ob die angefochtene
Provision den in gleichen Fällen gehandhabten Tarifen, üblichen
Löhnen oder der sonstigen Gerichtspraxis entspricht." 70. Eine
Reduktion habe sich, infolge des Ausnahmecharakters von Art. 417,
an den geltenden Höchstansätzen zu orientieren 71. Sie könne -
ausnahmsweise - unterbleiben, "wenn die abnorme Provisionsabrede
durch hinreichende Gründe gerechtfertigt ist", die allerdings
meist subjektiver Natur seien 72.

Als unbestritten kann gelten, dass es dem aleatorischen Charakter
des Mäklervertrags widersprechen würde, auf das Verhältnis kon-
krete Mäklertätigkeit - Lohn abzustellen. Es ist "kein Herab-
setzungsgrund, wenn der Mäkler durch günstigen Zufall mit wenig
Arbeit ein gutes Resultat erreicht" 73. Auch der Beizug mehrerer

69 S. 169; ohne Stellungnahme zur Frage der Berücksichtigung
subjektiver Gründe Thilo, von Büren, Hofstetter; wie Guggen-
bühl ablehnend auch Scherrer S. 47.

70 S. 169; Scherrer S. 47: Vergleich mit Wertquote des Vertrags-
gegenstandes primär anhand der Uebung, subsidiär von "verwand-
ten Uebungen, Tarifen, etc.."

71 A.A. Scherrer S. 47: Unterschreitung sei durchaus möglich, da
auch Tarife und Uebungen übersetzt sein könnten.

72 S. 170; Beispiele: schwierige und aufwendige Vermittlung; Ein-
setzen der Provision als Ansporn.

73 Becker 417 N 2; Oser/Schönenberger 417 N 5; Scherrer S. 46.

mitursächlich tätiger Mäkler bilde keinen Herabsetzungsgrund ⁷⁴. Das Ausmass der wirklichen Tätigkeit bleibe dagegen zu berücksichtigen bei der sog. Provisionsgarantie ⁷⁵.

Zwischen Unverhältnismässigkeit und Angemessenheit wird regelmässig nicht unterschieden.

Hofstetter versucht als einziger Autor eine Differenzierung. Herabsetzung erfolge "wohl nicht auf den üblichen Lohn sondern auf eine noch angemessene, aber doch relativ hohe Provision. Bei der Beurteilung der Angemessenheit sind die vom Mäkler in Aussicht gestellt Art der Tätigkeit (Nachweis, Zuführung, Vermittlung) und der Erfolg zu berücksichtigen" ⁷⁶.

Elegant ist die Lösung Gautschis. Unverhältnismässigkeit führe zur Unverbindlichkeit des vereinbarten Masses an Provision. Wo keine Vereinbarung (mehr) vorliege, sei nach Art. 414 vorzugehen, d.h. zunächst seien tarifliche, dann übliche Ansätze massgebend ⁷⁷. Die richterliche Bestimmung des nach Art. 417 "angemessenen" Betrags erübrigt sich.

Im Ergebnis trifft sich diese Auffassung mit der wohl überwiegenden Lehre (und v.a. Rechtsprechung ⁷⁸), die als Vergleichsmassstab primär ⁷⁹ oder ausschliesslich sog. objektive Kriterien bezieht und Unverhältnismässigkeit bejaht, "wenn der vereinbarte Mäklerlohn den ortsüblichen erheblich übersteigt, ohne dass dafür

⁷⁴ Einhellige Lehre, im Gegensatz zur bundesgerichtlichen Praxis (vgl. hinten S. 242), für welche einzig Billigkeitserwägungen sprächen, vgl. etwa Guggenbühl S. 318; Oser/Schönenberger 417 N 5.

⁷⁵ Oser/Schönenberger 417 N 6; vgl. aber hinten S. 259.

⁷⁶ Hofstetter, S. 129.

⁷⁷ Gautschi 417 N 4, unter - nicht korrekter - Bezugnahme auf BGE 83 II 152 und ZR 45 Nr.140 S.248f; vgl. auch Guggenbühl S.169.

⁷⁸ Siehe hinten S. 241ff.

⁷⁹ Turretini p. 93s: "En définitive, les éléments de comparaison sont l'usage et les tarifs en la matière, tenant compte de la valeur de l'objet du contrat et des motifs spéciaux que le mandant pouvait avoir de promettre une rémunération élevée".

ausreichende Gründe vorliegen " 80. Einzig Oser/Schönenberger scheinen auf den Wert und die Bedeutung des Erfolgs für den Auftraggeber abzustellen 81.

4.2. Rechtsprechung

In Übereinstimmung mit der Lehre geht die Rechtsprechung für die Beurteilung der Uebermässigkeit einer Provision vom wirklichen Wert des vermittelten Objekts aus 82. Im entscheidenden Punkt, nach welchen Kriterien die Unverhältnismässigkeit des Mäklerlohns festzustellen sei, bestehen dagegen erhebliche Divergenzen.

Nach verbreiteter Rechtsprechung erfordert OR 417 "eine Würdigung nicht bloss einzelner Tatbestandselemente, sondern des ganzen Sachverhalts" 83. Zu berücksichtigen seien sämtliche in Betracht fallenden Umstände. Massgebend ist keinesfalls nur der Erfolg; es wird durchaus auch auf den Umfang der Tätigkeit abgestellt 84. Von einer "Praxisänderung" bzw. Konsolidierung der sog. neueren

80 Becker 417 N 2; vgl. vorn Fn 72; Scherrer, S. 46, betont jedoch, die Erfolgsprovision müsse hoch sein, da nutzloser Aufwand aus Misserfolgen miteinzuberechnen sei.

81 417 N 5; z.B. Dringlichkeit eines zu vermittelnden Geschäfts, Rechtfertigung höherer Provision bei einem einen Glücksfall darstellenden Mehrerlös.

82 Unveröffentlichter BGE v. 9.12.1965: nicht ohne weiteres vom Kaufpreis; vgl. auch ZR 34, 1935, Nr. 18, S. 51; vgl. oben zu OR 414, S. 181f.

83 Unveröffentlichter BGE vom 17.4.1968, S. 5f; die Feststellung der Uebermässigkeit sei Ermessensfrage; das BGer schreite nur bei Missbräuchen oder Ueberschreitung des Ermessens ein; vgl. zu OR 21 aber Bucher AT S. 203; BGE 61 II 34: Für die Beurteilung des Verhältnisses der beiden Leistungen (Rechtsfrage) wurde keine Kognitionsbeschränkung angenommen.

84 Vgl. ZR 34, 1935, Nr. 18, S. 51: Tätigkeit zwar nicht bedeutend, aber auch nicht geringfügig; jedoch sei der beabsichtigte Erfolg nicht ganz erreicht worden; AGVE 1984, S. 49ff.

Theorie, die dieses Kriterium verneint, kann keine Rede sein ⁸⁵. Auf generelle Nichtberücksichtigung der Tätigkeit als Vergleichsmassstab kann nicht schon daraus geschlossen werden, dass Herabsetzung einzig deshalb, weil der Mäkler mit geringem Aufwand ein gutes Ergebnis erzielte, fast durchwegs abgelehnt wird ⁸⁶. Ausschliessliches oder zumindest dominierendes Kriterium bildet die Tätigkeit beim Versprechen erfolgsunabhängiger Provision ⁸⁷, ebenso - aus Billigkeitsgründen - wenn mehrere Mäkler an der Vermittlung beteiligt waren ⁸⁸. Dann vermöge sich der aleatorische Charakter der Mäkelei nicht "restlos auszuwirken", so dass doch auf den Umfang der Tätigkeit der einzelnen Mäkler abzustellen sei ⁸⁹.

⁸⁵ So aber Guggenbühl S. 171; vgl. für die "ältere" Praxis bei Scherrer S. 44f; explizit Thurgau, OGer RechB 1966, S. 61f: "Dabei ist die vom Mäkler versprochene vorausgesetzte Tätigkeit mit dem ihm zugesicherten Lohn zu vergleichen".

⁸⁶ BGE 90 II 92, 107f; ZR 63, S. 339; SJZ 50, 1954, S. 367; ZR 45, S. 248f; ZR 41, S. 100; ZBJV 68, 1932, S. 396; ZBJV 41, 1905, S. 494; anders noch BGE 20, 1143 (bei Becker 417 N 2); anders auch AGVE 1975, S. 59, wo ein Minderheitsantrag wegen geringer Bemühungen geringere Provision im Rahmen der vom Tarif zugestandenen Spanne zusprechen wollte; auch in der deutschen Rspr. nur Einzelfälle, vgl. etwa OLG Celle in AIZ 1961, S. 109.

⁸⁷ Vgl. SemJud 1973 p. 298ss, 300: in Analogie zu OR 417 Herabsetzung auf die Hälfte, da der Mäkler überhaupt nichts beigetragen habe; vgl. auch ZBJV 80, 1944, S. 285ff (BezGer Zürich, Urteil v. 1.7.1943): Das Risiko des Mäklers sei weitgehend beseitigt; er dürfe aber nicht den Garantiebetrug ohne nennenswerte Tätigkeit geltend machen.

⁸⁸ BGE 72 II 422; 61 II 80ff, 84f; RVJ 1964 p. 149; anders die h.L. (vorn S. 240) und die ältere Zürcher Rechtsprechung, vgl. SJZ 50, 1954, S. 367.

⁸⁹ BGE 61 II 80, 84 E4.

Direkt oder indirekt tätigkeitsbezogen sind auch die folgenden in der Praxis verwendeten Kriterien:

- ob der Mäkler Berufs- oder Gelegenheitsmäkler sei ⁹⁰; der Berufsmäkler habe Gemeinkosten zu tragen, die beim Gelegenheitsmäkler regelmässig wegfielen: Büro- und Geschäftsloalkosten, Schreibarbeiten, etc.; letzterer habe u.U. auch deshalb generell erleichterte Arbeitsbedingungen, weil er keinem Verband angehöre ⁹¹;
- dass der Vertrag nur zum Teil auf die Tätigkeit des Mäklers zurückzuführen sei ⁹²;
- dass der Mäkler, infolge des ihm entgegengebrachten Vertrauens, vor einer relativ leichten Aufgabe stand ⁹³;
- dass bewusst ein hohes Salär vereinbart worden war, und dieser Umstand die Bemühungen des Mäklers bestimmt habe ⁹⁴.

Soweit die Praxis das Leistungsentgelt des Mäklers am erzielten Erfolg misst, findet eine Auseinandersetzung mit der erwähnten theoretischen Unterscheidung zwischen objektiven und subjektiven Kriterien kaum statt ⁹⁵. Vielmehr werden objektive und subjektive Kriterien neben- und z.T. durcheinander verwendet, wobei jedoch bewusst oder unbewusst häufig nach dem bei Guggenbühl ⁹⁶ angetön-

⁹⁰ BGE 83 II 153; SemJud 1971, p. 61; SemJud 1958, p. 401ss; konstante deutsche Rechtsprechung, vgl. etwa OLG Frankfurt, Urteil v. 12.5.1955, in MDR 1955, S. 474; OLG Celle, Urteil v. 27.4.1961, in AIZ 1961, S. 109.

⁹¹ Vgl. Glaser/Warncke S. 371, Nr. 339; Berufs- und Verbandsmäkler sind in Deutschland, im Gegensatz zur Schweiz, weitgehend identisch.

⁹² RVJ 1964 p. 226; SemJud 1947 p. 140, p. 481; so auch ZR 35, 1936, Nr. 3, S. 18 im Zusammenhang mit OR 414.

⁹³ BGE 83 II 151, 153 E 4c).

⁹⁴ BGH 83 II 151, 153 E 4c): "et que cet engagement a déterminé les démarches de Zangger.." (Mäkler).

⁹⁵ Immerhin betont ZR 45, 1946, Nr. 140, S. 248, die Massgeblichkeit des objektiven Werts der Leistung.

⁹⁶ Vgl. vorn S. 239 Fn 72.

ten Grundschemaverfahren wird, indem das aufgrund eines objektiven Vergleichs erzielte Resultat durch Berücksichtigung subjektiver Momente korrigiert wird. Die Analyse der Rechtsprechung zeigt, dass beinahe regelmässig der Vergleich mit dem ortsüblichen Ansatz 97 als Ausgangspunkt dient. Nicht selten stellen die Gerichte auch ohne nähere Begründung eine "disproportion choquante" 98 oder eine "commission manifestement excessive" 99 fest 100.

Eine Ueberschreitung dieses Ansatzes wird nur unter ausserordentlichen Umständen zugelassen 101. Wann die Voraussetzungen dazu gegeben sind, ist eine Frage des (kaum überprüfbaren 102) richterlichen Ermessens 103.

Bejaht wurde dies für den Fall, dass die ausserordentlich hohe Provision den Mäkler zu besonders intensiver Tätigkeit bestimmte 104. Zu berücksichtigen seien u.U. Lage, Grösse und Beschaffenheit des Grundstücks, aber auch die Art des Mäklervertrags 105.

97 BGE 90 II 92, 107: Die Provision lag zum vornherein nicht über dem üblichen Ansatz (3%); dennoch wurden weitere besondere Umstände betont, ohne dass klar ist, ob nicht auch bereits aufgrund des ersten Kriteriums Unverhältnismässigkeit abzulehnen gewesen wäre; vgl. auch ZR 45, 1946, S. 248ff; ZR 41, 1942, S. 100ff; ZR 34, 1935, S. 51 zur strafrechtlichen Frage der Gewinnsucht vgl. SJZ 61, 1965, S. 376.

98 SemJud 1971, p. 61 (Provision von 28%); am Rande wurde immerhin erwähnt, dass "nur" ein Gelegenheitsmäkler beteiligt war.

99 RVJ 1977 p. 360 für eine Provision von 5%; RVJ 1964, p. 226 für eine Provision von 10%; BGE 83 II 153.

100 Vgl. auch SemJud 1958 p. 404; ZBJV 102, 1966, S. 229.

101 BGE 17.4.1968, S. 6; SJZ 63, 1967, S. 328.

102 Vgl. vorn Fn 83 S. 241.

103 BGE 17.4.1968 S. 5f; RVJ 1960 p. 149.

104 BGE 83 II 151; präzisiert im unveröffentlichen BGE v. 17.4.1968; auch das bewusste Versprechen einer hohen Provision schliesse aber an sich Herabsetzung nicht aus.

105 ZBJV 102, S. 229.

Von Bedeutung könne zudem sein,

- dass die Mäklerleistung *conditio sine qua non* für den Erfolg gewesen sei ¹⁰⁶;
- dass die allgemeinen Unkosten durch die Erfolge abgedeckt werden müssten ¹⁰⁷;
- dass der Wert der Mäklerleistung für den Auftraggeber dann sehr hoch einzustufen sei, wenn ein einmaliges und/oder den "höchstpersönlichen Wünschen offenbar bestens entsprechendes Liebhaberobjekt" nachgewiesen wurde ¹⁰⁸;
- dass der erste vom Mäkler nachgewiesene Käufer den Kaufpreis nicht zahlen konnte ¹⁰⁹;
- dass zwischen Mäkler und Auftraggeber ein besonderes persönliches Verhältnis bestand ¹¹⁰;
- dass der Mäkler für das gleiche Geschäft auch von der Gegenpartei Provision erhalten hat ¹¹¹.

Für die Frage, ob eine Provision in casu unverhältnismässig sei, und diejenige, um wieviel sie herabzusetzen, d.h. was angemessen sei, gelten dieselben Kriterien ¹¹².

Im Ergebnis entspricht der übliche Provisionssatz regelmässig dem angemessenen, wenn auch formell häufig betont wird, dies sei

¹⁰⁶ ZR 63, 1964, S. 339.

¹⁰⁷ ZR 63, 1964, S. 339.

¹⁰⁸ BGE 90 II 107f; ZR 63, 1964, S. 339; ähnlich RVJ 1964 p. 227.; BGE v. 17.4.1968.

¹⁰⁹ RVJ 1964 p. 226.

¹¹⁰ BGE 83 II 151, 153: Mäkler und Auftraggeber als Miterben.

¹¹¹ ZR 34, 1935, Nr. 18, S. 52.

¹¹² Gleich die Doktrin, vgl. vorn S. 240; als angemessen bezeichnete das Aargauer OGer im schlecht begründeten AGVE 1984, S. 49ff, 53, ohne Begründung die Herabsetzung "auf das durch die Geschäftsagentenverordnung vorgesehene Mass".

nicht gleichzusetzen ¹¹³. Eine im Rahmen des Tarifs liegende Provision sei aber auf jeden Fall nicht unverhältnismässig und damit angemessen ¹¹⁴. Die des öfteren hervorgehobene Flexibilität ¹¹⁵ wird unterschiedlich gehandhabt. Teilweise bilden Tarife und Uebungen zum vornherein die obere Grenze ¹¹⁶; teilweise wird ein Ueberschreiten des Ueblichen zugelassen, aber auch unter den üblichen Ansatz korrigiert ¹¹⁷; vereinzelt bildet der übliche Höchstansatz den Minimalstandard, unter den der Richter in keinem Fall gehen dürfe ¹¹⁸. In einem Fall wurde auf eine Faustregel abgestellt, nach welcher die übliche Provision plus ein Zuschlag von 50% (also eineinhalb mal der übliche Betrag) als angemessen zu gelten habe ¹¹⁹.

¹¹³ Vgl. BGE 83 II 153; RVJ 1964, p. 227; ZR 63, 1964, Nr. 135; ZBJV 102 (1966) S. 229.

¹¹⁴ Vgl. RVJ 1979 p. 358ss.

¹¹⁵ Vgl. SJZ 63, 1964 S. 328; SemJud 1971 p. 61.

¹¹⁶ Vgl. ZBJV 102, 1966, S. 229; AGVE 1975 S. 59; AGVE 1984, S. 49ff.

¹¹⁷ Unveröffentlichter BGE v. 8.10.1929.

¹¹⁸ ZR 45, 1946, S. 248; ZR 41, 1942, S. 100.

¹¹⁹ BJM 1971 S. 285f: Herabsetzung von 6% auf 4,5%, weil als üblich 3% gälten.

4.3. Stellungnahme

4.3.1. Grundsätzliches zur Normanwendung

OR 417 fehlt seit je ein klares Anwendungskonzept. Der Auftraggeber soll, als "Schwächerer" ¹²⁰, geschützt werden, ohne dass die Schutzbedürftigkeit ¹²¹ und die notwendige Tiefe des Eingriffs in die von OR 414 betonte Parteiautonomie seriös geprüft worden wären. Die heutige Praxis lässt die Vertragsparteien, insbesondere den Mäkler, über die Schranken der Festsetzung der Höhe der Provision weitgehend im Ungewissen. Das Fehlen methodischer Leitlinien und die Intransparenz der Ermessensentscheide ¹²² führen zu erheblicher Unberechenbarkeit im Einzelfall ¹²³. Eine gewisse "Sicherheit" bietet nur, sich von vornherein an den Rahmen des "Ueblichen" zu halten. Art. 417 wirkt im Effekt wie eine - öffentlichrechtliche - Höchstpreisbestimmung, ohne deren Vorzug, klare Verhältnisse zu schaffen ¹²⁴.

¹²⁰ Die Praxis zeigt, dass der Auftraggeber/Verkäufer im Grundstücksgeschäft nur in Ausnahmefällen die schwächere Vertragspartei ist; vor allem aber ist der Mäklervertrag jederzeit grundlos widerrufbar (OR 404 I), können andere Mäkler beigezogen werden und kann der Auftraggeber selbst aktiv werden; vgl. auch Vollkommer, S. 702f.

¹²¹ Dennoch spricht Scherrer, S. 2, von der "Vermutung offener Inäquivalenz" und "qualifiziertem Schutzbedürfnis".

¹²² Vgl. Schwerdtner S. 1578 Rz 172: "um einer sozialstaatlich angekränkelten Rechtsprechung jedoch keinen Blankocheck zu erteilen, Provisionsbeträge, deren Sinnhaftigkeit Richter nicht selten verkennen, willkürlich herabsetzen zu können, ist es zwingend geboten, die Reduktionsklausel mit Bezugsgrößen anzureichern".

¹²³ Einmal 8% geschützt, vgl. SemJud 1950 p. 560; dann 6% als unverhältnismässig herabgesetzt, vgl. BJM 1971 S. 285.

¹²⁴ Durch die Tendenz zur Nivellierung der Provisionen auf dem üblichen Höchstansatz (vgl. vorn S. 244f) wird m.E. der Normzweck überdehnt.

Der Gesetzgeber hat diese Entwicklung zumindest in Kauf genommen. Hält man sich das dem Mäklerstand generell entgegengebrachte Misstrauen vor Augen ¹²⁵, erscheint die Einengung der Betätigung - unbelastet vom Odium des direkten staatlichen Eingriffs in ein Gewerbe ¹²⁶ - durchaus als gewollt.

OR 417 ist allerdings "offen" formuliert. Dies erlaubt, ansetzend bei der teleologischen Auslegung, der heutigen Praxis eine Alternative entgegenzusetzen: Primat der Vertragsfreiheit und Beschränkung richterlicher Eingriffe auf echte Missbräuche. Zur Begründung bedarf es keiner (weiteren) Apologie der (als Zielsetzung verstandenen) Marktwirtschaft und der Vertragsfreiheit insbesondere. Es genügt die Feststellung, dass ein Bedürfnis nach offener oder verdeckter staatlicher Regulierung nicht nachgewiesen ist ¹²⁷. Gerechtigkeit im marktwirtschaftlichen Sinn zu erreichen, durch bestmögliche Orientierung an dem Preis, der Resultat von Angebot und Nachfrage ist, scheint nicht zum vornherein ausgeschlossen. Andererseits kann angesichts der geltenden Rechtsprechung zu OR 21 nicht auf eine wirkungsvolle Missbrauchs-bekämpfungsnorm verzichtet werden ¹²⁸. Auch de lege ferenda ist an Art. 417 OR grundsätzlich festzuhalten ¹²⁹.

¹²⁵ Vgl. vorn S. 228 Fn 17.

¹²⁶ Die rein privatrechtliche Konzeption stand, abgesehen von Notrechtserlassen, selbst bei landwirtschaftlichen Grundstücken nie in Frage.

¹²⁷ Vgl. etwa vorn zur Wohnungsvermittlung, S. 216ff.

¹²⁸ Vgl. auch Turrettini p. 88; Scherrer S. 50; obwohl anerkannt ist, dass die subjektiven Elemente nicht restriktiv auszulegen seien, ist die Praxis sehr zurückhaltend; vgl. von Tuhr/Siegwart/Peter, S. 344f; optimistisch äussert sich Oettinger, laesio, S. 159ff; vgl. auch Bucher AT S. 207f.

¹²⁹ Eine (Wieder-)Einschränkung auf den Bereich der Arbeitsvermittlung wäre sinnlos; im deutschen Entwurf soll denn auch § 655 ersatzlos gestrichen werden; der Referentenentwurf hatte noch eine Ausdehnung vorgesehen.

Bei der Normanwendung sind jedoch die Interessen der Vertragsparteien in den Vordergrund zu stellen ¹³⁰. Die (unwiderlegbare) Vermutung der Schutzbedürftigkeit des Auftraggebers ist nicht zwingend und abzulehnen ¹³¹. Dass auf die Anwendbarkeit nicht zum vornherein gültig verzichtet werden kann, spricht keineswegs gegen die Möglichkeit, das tatsächliche Stärkeverhältnis der Parteien im konkreten Einzelfall zu berücksichtigen.

Besteht ein "Machtgleichgewicht" oder gar Uebergewicht zugunsten des Auftraggebers, ist dieser grundsätzlich an seine vertraglichen Versprechungen auch bezüglich der Höhe des Mäklerlohns gebunden ¹³². Pacta sunt servanda. Unverhältnismässigkeit kann nur dann vorliegen, wenn Erfolgslohn versprochen wurde, obwohl die Höhe der Entschädigung nach der effektiven Arbeitsleistung zu bemessen ist ¹³³. Auch kann sich aus den Parteivereinbarungen selbst ergeben, dass die Provision unangemessen hoch ist ¹³⁴. Abzulehnen ist jedoch, selbst in "Extremfällen", die Annahme, eine sehr hohe Provision zu fordern verstosse eo ipso gegen Treu

¹³⁰ Vgl. auch unveröffentlichten BGE v. 14.6.1983, S. 5: "Bien qu'étant d'ordre public, cette disposition tend avant tout à protéger les intérêts du débiteur".

¹³¹ Vgl. Scherrer S. 2, Ausnahmefälle sind unbestritten: Notverkauf; völlige Geschäftsunerfahrenheit (Fribourg, Extraits 1970, p. 56ss); Objektsfixiertheit, d.h. der Mäkler hat das begehrte Objekt bereits an der Hand; letztlich wird aber der Auftraggeber/Käufer immer die Kosten der Vermittlung zu tragen haben.

¹³² Es ist zu beachten, dass der Richter im Gegensatz zu OR 163 III zur Herabsetzung nicht verpflichtet, sondern nur befugt ist; a.A. offenbar Bucher AT S. 475 zu OR 163 III.

¹³³ Vgl. hinten S. 255f.

¹³⁴ Dann liegt aber nur formell Herabsetzungsfall vor; materiell geht es um Berichtigungen von Fehlberechnungen, allenfalls um Konsensprobleme; in solchen Fällen hat der Richter die Pflicht, nicht nur die Befugnis (wie bei OR 417), die Provision gemäss dem wirklichen Parteiwillen zu kürzen.

und Glauben ¹³⁵. Vor allem besteht kein Grund, zum vornherein abstrakte, d.h. sog. objektive Beurteilungsmassstäbe anzulegen (Uebung, Tarif). Der regelmässig nicht schutzbedürftige Auftraggeber muss nicht gesetzlich davor "geschützt" werden, auch solche Mäklerverträge (bewusst) abzuschliessen, die seinen Gewinn erheblich schmälern, bzw. seine Kosten stark erhöhen. Massgebend ist primär das (subjektive) Element des besonderen Wertes der Dienstleistung für den Auftraggeber ¹³⁶.

Die - in sich fehlerhafte - Vereinbarung tritt in den Hintergrund, soweit der Auftraggeber tatsächlich schwächer ist und dies vom Makler ausgenutzt wird. Auch ohne Bewusstsein eines Missbrauchs ¹³⁷ stellt ein offenklares, auffälliges Preis-Leistungs-Missverhältnis ¹³⁸ in Kombination mit einer Ungleichgewichtslage im Vertrag einen an Wucher grenzenden Tatbestand dar ¹³⁹.

4.3.2. Exkurs: "Herabsetzung" im deutschen Recht

4.3.2.1. BGB § 138

Zu BGB 655 besteht keine nennenswerte Praxis. Gerade für den quantitativ wichtigsten Bereich der Grundstückverkäufe ist die Norm nicht anwendbar, sodass in Deutschland auf anderen Wegen gegen Missbräuche vorgegangen werden muss.

Zivilrechtlich steht im Vordergrund die Anrufung des BGB 138 ¹⁴⁰

¹³⁵ Vgl. OLG Düsseldorf, hinten S. 252 Fn 148.

¹³⁶ Vgl. Oser/Schönenberger 417 N 5.

¹³⁷ Bei OR 21 wird dieses Kriterium als "subjektives" verstanden; darin liegt das grösste Hemmnis für dessen Praktikabilität.

¹³⁸ Von Tuhr/Sieewart/Peter S. 343f.

¹³⁹ Von Büren S. 215.

¹⁴⁰ § 138 Abs. 1: "Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig". Abs. 2: "Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen ./.

(Marginale: Sittenwidrigkeit, Wucher). Insbesondere aufgrund von BGB 138 II (vergleichbar, trotz anderer Rechtsfolge, mit OR 21 ¹⁴¹) hat die Rechtsprechung wiederholt übersetzte Provisionen für nichtig erklärt ¹⁴². Dabei spielten vor allem zwei Elemente eine Rolle: Ausnutzung einer schwierigen finanziellen Lage ¹⁴³ sowie der Unerfahrenheit des Auftraggebers ¹⁴⁴. Bei Prüfung nach Abs. 1 fehlen, wie in der Schweizer Praxis zu Art. 417, klare Kriterien zur Feststellung der Sittenwidrigkeit infolge Unverhältnismässigkeit des Maklerlohns ¹⁴⁵. So erklärte der BGH, ein Mehrerlös von 29% sei an sich noch nicht nichtig ¹⁴⁶. Für Kreditvermittlung liege die Obergrenze bei 3% ¹⁴⁷. Das OLG Düsseldorf nahm Sittenwidrigkeit an, weil die dem Auftraggeber

sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen"; gemäss Schwerdtner, S. 157 gibt es kaum Urteile, die überhöhte Provisionen zum Gegenstand hatten; vgl. für den Handelsmakler Zeidler, zu HGB § 99, S. 475.

¹⁴¹ Vgl. Bucher AT S. 201.

¹⁴² Vgl. bei Glaser/Warncke Nr. 316, 337, 345-348; Rühle S. 19, spricht der Norm Effizienz weitgehend ab; zur Praxis S. 41ff.

¹⁴³ BGH, Urteil v. 22.1.76, in DB 1976, S. 573: Kredit von 6 Mio DM vermittelt, Pauschalvergütung von 1 Mio DM gefordert.

¹⁴⁴ OLG Köln, in MDR 1962, S. 52: Darlehensvermittlung; statt der üblichen 3% wurden 9,5% Provision gefordert; Sittenwidrigkeit bejaht, weil der Makler die Geschäftsunerfahrenheit des Auftraggebers ausgenutzt habe; Wegener/Sailer S. 79 N 88.

¹⁴⁵ Vgl. auch Schwerdtner, S. 156f zu BGB 655.

¹⁴⁶ Urteil v. 16.4.69, in DB 1969, S. 1334: Alleinauftrag mit Mehrerlösklausel; bei Abschluss nicht überblickbar, ob überhaupt und wie hoch Mehrerlös anfallen würde; selbst bei - hier fehlendem - Missverhältnis der beiderseitigen Leistungen läge noch nicht ohne weiteres Sittenwidrigkeit vor; Glaser/Warncke Nr. 316

¹⁴⁷ Vgl. BGH, Urteil v. 22.1.1976, in WM 1976, S. 289; vgl. dazu Scholz, MDR 1982, S. 714.

nach Treu und Glauben (BGB 242) zumutbare Opfergrenze überschritten sei 148.

Bemerkenswert ist, dass § 139 (Teilnichtigkeit) bisher nicht in Erwägung gezogen wurde. Damit entfällt die Frage nach dem allenfalls angemessenen Lohn. Vorgeschlagen ist die Einfügung eines dritten Absatzes zu BGB 138, mit dem der Kreditvermittlungswucher bekämpft werden soll 149.

Eine konstante Praxis besteht zu zwei Sonderfällen. Als sittenwidrig betrachtet wird ein erfolgsunabhängiges Honorar, das nicht erheblich unter der Verkaufsprovision liegt 150. Einen Unterfall desselben Problems bildet die in Deutschland verbreitete Konstellation, dass der Doppelmakler vom Käufer eine sog. "Erwerbsverpflichtung" verlangt, von der dieser sich nur durch Zahlung einer "Käuferprovision" befreien kann 151.

¹⁴⁸ Urteil v. 15.12.67, in MDR 1968, S. 494: Provision in Form des DM 120,000 übersteigenden Mehrerlöses. Erzielt wurde ein Verkaufspreis von DM 160,000. Das Gericht nahm Wegfall der Geschäftsgrundlage an, da der erzielte den geschätzten Preis in einer Weise übersteige, die ausserhalb jeder vernünftigen Erwartung liege. Reduktion der Provision auf DM 20,000.

¹⁴⁹ Gesetzesinitiative des Landes Hessen, vgl. DB 1983, S. 1138: Nichtig seien Kaufgeschäfte, bei denen die Leistung des Kreditnehmers in auffälligem Missverhältnis zu der des Kreditgebers steht.

¹⁵⁰ BGH, in LM Nr. 39 zu § 652; Soergel-Knapp, § 138 Rz 81; hinzu kommt die praktisch wichtigere Inhaltskontrolle bei AGB-Klauseln, vgl. etwa LG Frankfurt, BB 1976, S. 1531 (Anm. Lindheimer in BB 1977, S. 471), wo eine Pauschalvergütung von 50% der Provision für den Fall des Nichtzustandekommens, als Entgelt für die Reservierung des Kaufobjekts und die Vorbereitung des Hauptvertrags, nicht akzeptiert wurde.

¹⁵¹ Lopau in NJW 1973, S.1971; BGHZ 1961, S.18, 23. Ein Sittenverstoss wird darin gesehen, dass auf den Maklervertragspartner ein unangemessener Druck zum Abschluss der Hauptvertrags ausgeübt wird, was die Abschlussfreiheit in unzumutbarer Weise beschränke; der Doppelmakler verletze zusätzlich./.

4.3.2.2. Oeffentliches Recht

Oeffentlichrechtlich wird vor allem aufgrund des Wirtschaftsstrafgesetzes gegen störende Preisüberhöhungen vorgegangen (sog. Preistreiberverbot) ¹⁵². Der Zweck des Gesetzes liegt in wettbewerbsrechtlich motivierter Preisüberwachung. Zuwiderhandlungen im Bereich der Wirtschaftsgesetzgebung werden unter Strafe gestellt oder als Ordnungswidrigkeiten mit Geldbussen geahndet. Für den Bereich des Maklergewerbes sind § 4 (Preisüberhöhung in einem Beruf oder Gewerbe) von allgemeiner, § 6 von besonderer Bedeutung (Preisüberhöhung bei der Wohnungsvermittlung) ¹⁵³. Die Prüfung der Angemessenheit (Unverhältnismässigkeit ¹⁵⁴) von Provisionsforderungen in diesem Rahmen setzt an beim hypothetischen Marktpreis bei ungestörtem Wettbewerb ¹⁵⁵, wobei die üblichen Sätze

seine Berufspflicht zu fairer Gleichbehandlung beider Auftraggeber; auf Schweizer Verhältnisse nicht übertragbar.

¹⁵² "Gesetz zur weiteren Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts (Wirtschaftsstrafgesetz 1954)", in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Juni 1975 (BGBl. I S. 1313); vgl. Glaser/Warncke S. 354ff; zur Tatsache und den Ursachen der Ineffizienz Öffentlichrechtlicher Wucherverbote vgl. Rühle S. 17ff, 20ff.

¹⁵³ Vgl. mit der Problematik im Schweizer Recht vorn 1.2.3.1.; in der alten Fassung vom 9.7.1954: § 2a; § 6 im Wortlaut: "Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder leichtfertig für das Vermitteln einer Vermietung von Räumen zum Wohnen oder damit verbundene Nebenleistungen unangemessen hohe Entgelte fordert, sich versprechen lässt oder annimmt. Unangemessen hoch sind Entgelte, die infolge der Ausnutzung eines geringen Angebots an vergleichbaren Räumen die ortsüblichen Entgelte nicht unwesentlich übersteigen"; die praktikable Grenze liege bei 10-20%, vgl. Reich §§ 652 -654 N 46.

¹⁵⁴ Offenbar wie im Schweizer Recht gleichgesetzt, vgl. vorn S. 240, 245.

¹⁵⁵ BayObLG München, 27.9.1966, bei Glaser/Warncke Nr. 318f): Da Wettbewerbsstörung Voraussetzung ist, sei der Eingriff in die Vertragsfreiheit im Allgemeininteresse hinzunehmen.

als brauchbarer Massstab erachtet werden ¹⁵⁶. Da ein abstrakter Beurteilungsmassstab anzulegen ist, könne auf dieser Stufe das Argument, die Kosten des konkreten Betriebs seien ausserordentlich hoch, nicht gehört werden ¹⁵⁷. Eine Berücksichtigung solcher Ueberlegungen scheint aber, nach festgestellter Unverhältnismässigkeit, dennoch möglich zu sein, indem bei der Prüfung der Frage, was im konkreten Fall angemessen sei, aufgrund besonderer Kostenbelastungen (ausnahmsweise?) über die als üblich qualifizierten Verbandssätze hinausgegangen werden kann. Grundsätzlich sei jedoch nicht jede geringfügige Ueberschreitung der üblichen Sätze als unangemessen (bzw. unverhältnismässig) anzusehen ¹⁵⁸. Wie gross der dem Makler verbleibende Spielraum ist, wurde regelmässig offengelassen. Im Ergebnis ist dessen Lage dieselbe wie diejenige des Schweizer Mäklers aufgrund der Praxis zu OR 417 ¹⁵⁹. Auch die Rechtsfolge eines Verstosses gegen das Wirtschaftsstrafgesetz ist mit derjenigen nach OR 417 vergleichbar, da er nach Sinn und Zweck der Regelung nur zu Teilnichtigkeit und damit zur Aufrechterhaltung des Rechtsgeschäfts zum zulässigen Preis führt ¹⁶⁰.

4.3.3. Kriterien zur Feststellung der Unverhältnismässigkeit

Für die zentrale Frage der massgebenden Kriterien der Unverhältnismässigkeit fehlt es in Theorie und Praxis an klaren Begriffen. Was ist unter Berücksichtigung "objektiver" oder "subjektiver" Gesichtspunkte ¹⁶¹ konkret zu verstehen? Welche Folgen hat die

¹⁵⁶ Vgl. LG Hamburg, Urteil v. 29.1.71, in NJW 1971, S.1411; Glaser/Warncke Nr. 3181); soweit im Schweizer Recht mit üblichen Sätzen verglichen wird, fehlt jede wettbewerbsrechtliche Komponente.

¹⁵⁷ OLG Hamburg, Beschl v. 25.3.70 in AIZ 1971, S. 54; vgl. auch LG Hamburg, Urteil v. 29.1.71 in NJW 1971, S. 1411.

¹⁵⁸ Glaser/Warncke Nr. 318 t), S. 358.

¹⁵⁹ Vgl. vorn S. 247.

¹⁶⁰ Glaser/Warncke Nr. 318 o), S. 357.

¹⁶¹ Guggenbühl S. 169, vgl. vorn S. 238f.

Berücksichtigung des dem Mäklervertrag innewohnenden aleatorischen Charakters oder Risikos? Was bedeutet, es sei auf das "Verhältnis des Lohns zum versprochenen und eingetretenen Arbeitserfolge..., auf dessen Wert und seine Bedeutung für den Auftraggeber" ¹⁶² abzustellen?

Zunächst sollen die möglichen Bezugspunkte für die Bewertung des Mäklerentgelts, die Arbeitsleistung und der "Erfolg" (4.3.3.1.), sodann die möglichen Bewertungsarten des "Erfolgs" ("objektiv" und "subjektiv", 4.3.3.2.) näher untersucht werden.

4.3.3.1. Erfolg oder Tätigkeit als Bezugspunkt?

Das Ergebnis sei vorweggenommen. An der Massgeblichkeit des Wertes des zustandegekommenen Hauptvertrags ("Erfolg") als Bezugspunkt der Beurteilung der Unverhältnismässigkeit einer Provision ist festzuhalten. Der Auftraggeber will den Erfolg und bezahlt für den Erfolg. Im einzelnen:

Es kann keinen Unterschied machen, ob ihn ein Berufs- oder ein Gelegenheitsmäkler herbeiführt ¹⁶³. Der Wert des Geschäfts für den Auftraggeber verändert sich nicht ¹⁶⁴. Für beide Arten von Mäklern ist das Risiko des Misserfolgs gleich hoch. Dass der Gelegenheitsmäkler nicht (geschäftsimmanente) andere Misserfolge ausgleichen muss, bzw. geringere Fixunkosten hat, kann nicht dem Auftraggeber zugute gehalten werden. Darauf ist nur soweit Rücksicht zu nehmen, als erfolgsunabhängiger Lohn vereinbart wurde. Wenn die Erfolgsbezogenheit des Vertrags zum vornherein gänzlich fehlt, liegt kein Mäklervertrag, sondern einfacher Auftrag vor;

¹⁶² Oser/Schönenberger 417 N 5.

¹⁶³ A.A: BGE 83 II 153; Hofstetter S. 129; vorn Fn 90, S. 243.

¹⁶⁴ Dass Übungsgemäss niedrigere Ansätze für Gelegenheitsmäkler gelten, ist nicht belegt; so explizit ZR 35, 1936, Nr. 63, S. 138; vorn S. 243.

dies führt zu Entschädigung in Höhe der nachgewiesenen zweckmässigen Aufwendungen 165.

Wird Entschädigung auch für den Fall des Nichtzustandekommens des Hauptvertrags versprochen, besteht kein Grund, ohne diesbezügliche Vertragsabrede auf die effektive Arbeitsleistung Bezug zu nehmen 166. Als Berechnungsgrundlage der Entschädigung kann ohne weiteres der angestrebte, eventuell im voraus fixierte Wert des Hauptvertrags vereinbart werden. Der Auftraggeber kann nicht im nachhinein geltend machen, der reelle Wert des Geschäfts für ihn sei gleich Null, wenn er sich bereit erklärt hat, den Misserfolg gleich oder ähnlich wie den Erfolg zu belohnen. Die praktische Relevanz der Frage ist allerdings gering 167. Der Widerruf des Maklervertrags ändert an der Erfolgsbezogenheit nichts. Kommt nach dem Widerruf der Hauptvertrag zustande und war die Tätigkeit des Maklers kausal, bleibt Provision geschuldet. Der finanziellen "Bestrafung" schon des Widerrufs an sich sind enge Grenzen gesetzt 168.

Damit, dass als Berechnungs- und Vergleichsbasis auf den Wert des vermittelten Geschäfts abgestellt wird, ist allerdings noch

165 Vgl. Gautschi 412 N 3a; vgl. auch vorn S. 28ff.

166 Das Versprechen erfolgsunabhängiger Provision kann nicht bloss als stillschweigende Abrede über Aufwendersatz i.S. von OR 413 III verstanden werden; vgl. BGE in SemJud 1973 p. 302.

167 Von Bedeutung ist nur das Versprechen von Provision auch bei Verzicht auf den konkret in Aussicht gestellten Abschluss, vgl. vorn S. 125ff; undifferenziert Turrettini p. 94; Oser/Schönenberger 417 N 6.

168 Vgl. vorn S. 162ff; von den Widerrufsfällen zu unterscheiden sind Abreden, wonach die Maklertätigkeit nicht kausal für den eingetretenen Erfolg sein müsse; auch hier bleibt die Provision aber erfolgsbezogen; a.A. SJZ 35, 1938/1939, S. 76f (für-alle-Fälle-Provision).

nichts über die Höhe der als Wertquote ausgedrückten Provision ausgesagt. Sie wird herkömmlicherweise "gerechtfertigt" mit dem Argument, mit dem Gewinn aus einem erfolgreichen Geschäft müssten "Verluste" aus Misserfolgen kompensiert werden. Dieser Umstand ist aber nicht mäklergeschäftsspezifisch ¹⁶⁹. Häufig wird zudem neben der Erfolgsprovision auch Aufwendungsersatz verabredet. Garantieren solche Abreden bereits Kostendeckung, könnte nicht mehr von Verlustausgleich, sondern allenfalls von Nachholen entgangener Gewinne gesprochen werden.

Eine Rechtfertigung der Höhe der einzelnen Provision ist m.E. grundsätzlich ¹⁷⁰ nicht notwendig. Darüber sollten soweit als möglich ausschliesslich Angebot und Nachfrage bestimmen ¹⁷¹. Die Leistung des Vermittlers ist durchaus als qualitativ hochstehend zu bezeichnen ¹⁷². Sie ist *conditio sine qua non*, damit der

¹⁶⁹ Ebensowenig im Grunde das "aleatorische Risiko"; der Verdienst hängt auch bei anderen Geschäften weitgehend von Umständen ab, die nicht beeinflussbar sind; sicher ist, dass bei Verunmöglichung von hohen Gewinnen kein Geschäftsmann auf die Dauer hohe Risiken eingehen wird.

¹⁷⁰ Einschränkungen sind nur bei Vertragsungleichgewicht angezeigt, vgl. hinten S. 262f; vgl. auch Rühle S. 57: "Die Möglichkeit, einen besonders hohen Gewinn zu erzielen, ist ein wichtiges Stimulanz der gesamten Wirtschaft und darf auf keinen Fall - etwa durch eine allgemeine Gewinnbeschränkung - ausgeschlossen werden. Wer nach besonders hohem Gewinn strebt, soll diesen aber im Geschäft mit gleichstarken Vertragspartnern... suchen."

¹⁷¹ Wenn nicht der Gesetzgeber eingreift; vgl. etwa vorn zur Wohnungsvermittlung S. 216ff; auch OR 21 sei auf Ausnahmezustände ausgerichtet und nicht als wettbewerbspolitisches Instrument gedacht, vgl. Bucher AT S. 204.

¹⁷² Und daher auch gefragt; das qualitative Element bezieht sich primär auf die Tatsache, dass er Geschäftsabschlüsse überhaupt ermöglicht, nicht darauf, dass er besonders gründliche Arbeit liefert; vgl. auch Scholz, MDR 1982, S. 711ff, 712.

Auftraggeber die gewünschte Güterverschiebung erreicht. Die geltenden Uebungen und Verbandstarife sind lediglich Ausdruck der aktuellen Marktverhältnisse und geben wieder, was der "Konsument" in der Regel zu bezahlen bereit ist. Dem überdurchschnittlichen (Berufs-)Mäkler wird und muss es möglich sein, einen höheren Ansatz auszuhandeln. Welchen Wert seine Leistung hat, kann einzig der konkrete Auftraggeber bestimmen.

Zum gleichen Ergebnis führen auch Ueberlegungen, welche die vom Mäkler getragenen Risiken erfolgreicher Tätigkeit miteinbeziehen. Idealerweise wird ihnen die Höhe der Entschädigung entsprechen. Schon früh wurden Bedenken geäußert gegen die Möglichkeit richterlicher Herabsetzung in einem Vertragsverhältnis, das sich durch eine Kumulation von Risikofaktoren auf der Seite des Beauftragten auszeichnet ¹⁷³. Die Beschneidung unverhältnismässig hoher, d.h. praktisch überdurchschnittlicher Provisionen verhindert tendenziell in der Tat die Erzielung eines marktgemässen Ausgleichs der Uebernahme hoher Risiken. Bei konsequenter Berücksichtigung des Risikocharakters des Mäklervertragsverhältnisses müssen grundsätzlich auch ungewöhnliche, ausserordentlich hohe Provisionen im Einzelfall zugelassen werden ¹⁷⁴.

Das tatsächliche Verhältnis zwischen "aleatorischer" Natur des Mäklervertrags und Höhe des Mäklerentgelts lässt sich jedoch abstrakt ¹⁷⁵ und wertmässig nicht erfassen. Fast alle Mäklerver-

¹⁷³ Vgl. bei Guggenbühl S. 162; auch von Tuhr will bei OR 21 das Risiko der Gegenpartei mitberücksichtigen, vgl. von Tuhr/Siegwart/Peter S. 344; der Mäkler trägt auch erhebliche Beweisrisiken, z.B. das des Zustandekommens des Mäklervertrags.

¹⁷⁴ OR 417 ist mit diesem Gedanken schwer vereinbar; er stützt jedoch zusätzlich die unten vertretene These, es sei nicht vom Vergleich mit dem üblichen Ansatz auszugehen; dieser erfasst das aleatorische Moment höchstens für Durchschnittsfälle und kann nicht die obere Grenze des Zulässigen bilden; vgl. zum Risiko im Rahmen von OR 21 Bucher AT S. 203.

¹⁷⁵ Der "aleatorische" Gehalt ist in jedem konkreten Einzelvertrag verschieden und lässt sich nicht typisieren.

tragsabreden beeinflussen den Risikogehalt der Arbeit des Mäklers unmittelbar, Exklusivklauseln und Kausalitätsverzichtsabreden vermindern, Mehrerlösklauseln ¹⁷⁶ und besondere Provisionsvor-
aussetzungen wie Erfüllung des Hauptvertrags erhöhend. Sowenig der Mäkler "Anspruch" auf mehr als die übliche Provision bei zusätzlicher Risikobelastung hat, sowenig ist er "verpflichtet", Risikoherabsetzungsklauseln direkt durch einen unterdurchschnittlichen Provisionsansatz zu kompensieren.

Gegen das Versprechen einer Entschädigung in Höhe einer Risiko-Erfolgsprovision ("Provisionsgarantie") trotz Ausschaltung sämtlicher Risiken ist jedenfalls aus diesem Gesichtspunkt nichts einzuwenden.

4.3.3.2. "Objektive" oder "subjektive" Wertung?

"Objektive" Wertung bedeute Vergleich mit "allgemeinen Anhaltspunkten" ¹⁷⁷. Im Gegensatz dazu müsste somit bei "subjektiver" Wertung mit "speziellen" Anhaltspunkten gearbeitet werden. Anders ausgedrückt ist unter "objektiv" der Vergleich des Mäklervertragsverhältnisses mit anderen, ähnlichen Verträgen, die Inbezugsetzung zur "Vertragsaussenwelt" zu verstehen. Die Wertung im Einzelfall ist insofern vereinfacht, als häufig (nicht immer) konkrete, in Zahlen fassbare Vergleichswerte (Uebungen, Tarife) vorliegen. Die darin bereits vorgenommene Wertung kann übernommen werden.

"Subjektiv" heisst dann Wertung allein aufgrund des Einzelvertrags, Argumentation aus diesem selbst, aus der Sicht der Vertragsparteien, ohne Vergleich mit anderen Vertragsverhältnissen. Die Literatur versteht diese beiden Wertungsmöglichkeiten z.T. als Gegensatzpaar, als entweder - oder, wobei die Entscheidung zugunsten der objektiven Wertung ausfallen muss, wenn "subjektiv" mit "wandelbar" ¹⁷⁸ gleichgesetzt und der Vergleich mit dem

¹⁷⁶ Vgl. Guggenbühl S. 174, der hier einen besonders strengen Massstab für die Herabsetzbarkeit fordert.

¹⁷⁷ Guggenbühl S. 169; vgl. auch BGE 83 II 153.

¹⁷⁸ Guggenbühl S. 169, i.S.v. unzuverlässig und unberechenbar.

Ueblichen als einzig praktikabel erklärt wird.

Dies ist jedoch keineswegs zwingend und geht m.E. am Sinn des Art. 417 vorbei¹⁷⁹. Die Bevorzugung "objektiver" Kriterien lässt sich nicht mit dem "ordre-public-Charakter" der Norm begründen¹⁸⁰. Weder der OR 417 zugrundeliegende Gedanke des Schutzes des Schwächeren noch dessen zwingende Natur sprechen grundsätzlich gegen die Verwendung "subjektiver" Kriterien.

Nicht stichhaltig ist m.E. auch das Argument, "subjektive" Kriterien seien nicht praktikabel. Die Rechtsprechung selbst geht vom Gegenteil aus¹⁸¹. Die genaue Durchleuchtung des Verhältnisses zwischen den Mäklervertragsparteien im Einzelfall ist höchstens unbequemer und aufwendiger als der "praktische" Vergleich mit einer (in der Regel nur ungenügend substantiierten) Uebung.

Bei korrekter Handhabung bietet ohnehin der "objektive" Vergleich ebenso grosse Schwierigkeiten, da schon dessen Bezugspunkt keineswegs eindeutig ist: Ist etwa analog zu OR 414 primär auf eine Taxe (Tarif) und subsidiär auf eine nachzuweisende Uebung abzustellen, oder auf Tarife nur dann, wenn sie Ausdruck einer Uebung sind? Die Praxis ist uneinheitlich. In den Kantonen, die behördliche Tarife (subsidiärer oder zwingender Natur) kennen, wird direkt und ohne weitere Voraussetzungen zu prüfen auf diesen Bezug genommen¹⁸². Gesamtschweizerisch im Vordergrund steht die Bezugnahme auf eine Uebung. Tarife werden aber kaum als Ausdruck der Uebung gewertet¹⁸³. Die Schwierigkeiten der Feststellung

¹⁷⁹ Vgl. vorn S. 247ff.

¹⁸⁰ Guggenbühl S. 169.

¹⁸¹ Vgl. vorn Fn 83, S. 241, 243.

¹⁸² Vgl. AGVE 1975, S. 59: Mass der Korrektur sei der Geschäftsagententarif; AGVE 1984, S. 52f; RVJ 1977 p. 360s: "réduction en prenant pour base de raisonnement le taux prévu par les dispositions de droit cantonal".

¹⁸³ Vgl. vorn S. 204; ZBJV 102, 1966, S. 229; ZR 63, 1964, S. 329; anders in der BRD, wo sich die Tarifordnungen der grossen Maklerverbände bundesweit durchgesetzt haben und als Ausdruck der Uebung akzeptiert werden.

einer Ortsübung ¹⁸⁴ wurden bereits angedeutet. Eine wirkliche Übung für Objekte gerade dieser Art, dieses Werts und in der betreffenden Region besteht äussert selten ¹⁸⁵. Unklar ist auch, wann ein Abweichen vom üblichen Mass als unverhältnismässig zu gelten hat. Genügt bereits jede auch geringe, oder erst eine mehrfache (wievielfache?) Ueberschreitung? Spielen hier doch auch "subjektive" Wertungsgesichtspunkte eine Rolle ¹⁸⁶ ?

Schon die vorne ¹⁸⁷ angeführten grundsätzlichen Ueberlegungen führen zum Postulat, primär auf "subjektive" Massstäbe abzustellen ¹⁸⁸. Dabei ist zu differenzieren:

Bei ungestörtem Vertragsgleichgewicht hat der Vergleich mit einer Übung zum vornherein keinen Platz ¹⁸⁹. Der Wert des Beitrags des Mäklers zum Zustandekommen des Hauptvertrags bemisst sich allerdings nicht nach der persönlichen, gefühlsmässigen Werteinschätzung des Auftraggebers bei Auftragserteilung und nach Auftragsausführung. Massgebend sind die konkreten Vertragsumstände, wobei Aeusserungen des Auftraggebers, dessen Situation und Verhalten vor, während und nach der Dauer des Vertragsverhältnisses, aber auch das Verhalten des Mäklers ¹⁹⁰ zu berücksichtigen sind.

¹⁸⁴ Das Bestehen einer Übung ist grundsätzlich vom Auftraggeber nachzuweisen, der für die Uebermässigkeit an sich beweispflichtig ist, vgl. unveröffentlicher BGE vom 9.12.1965; anders im Rahmen von OR 414, vorn S. 202ff.

¹⁸⁵ Die hilfsweise Orientierung an einem undifferenzierten "landesüblichen Mass" ist äussert fragwürdig, vgl. vorn S. 205; in Deutschland werden hohe Anforderungen an die Zusammenstellung übliche Mäklergebühren gestellt, vgl. Wegener/Sailer S. 80 N 89.

¹⁸⁶ vgl. Guggenbühl S. 170; zur Rechtsprechung vorn S. 244ff.

¹⁸⁷ vgl S. 247ff.

¹⁸⁸ So implizite auch Oser/Schönenberger 417 N 5.

¹⁸⁹ Auch nicht als sog. Anhaltspunkt; vgl. vorn S. 244ff.

¹⁹⁰ Schätzt er die Schwierigkeiten der Vermittlung richtig ein? Betreibt er einen angemessenen Aufwand?

Herabsetzung kommt nur in Extremfällen in Betracht, wo der Vertragsverlauf eine absolut unvorhersehbare Wendung genommen hat, so dass nach Treu und Glauben von veränderten Umständen für die Berechnung der Provision auszugehen ist ¹⁹¹. Ein Herabsetzungsgrund wäre auch gegeben, wenn die voraussichtliche Schwierigkeit der Realisierung des Geschäfts zur Vereinbarung einer ausserordentlichen hohen Provision führte, sich aber im nachhinein ergibt, dass der Schwierigkeitsgrad erheblich überschätzt worden war ¹⁹².

Finanzielle Belastungen aus weiteren Mäklerverträgen fallen dagegen nicht in Betracht. Die "Billigkeits"-Rechtsprechung ¹⁹³ ist verfehlt ¹⁹⁴. OR 417 betrifft nur den einzelnen Mäklervertrag; es geht nicht an, alle beauftragten Mäkler gleichsam als Einheit zu betrachten, und deren Lohnsummen zu addieren. Der Auftraggeber, der sich bewusst den Vorteil verschafft, dass in der gleichen Angelegenheit mehrere Vermittler für ihn tätig werden, muss damit rechnen, dass der Erfolg letztlich nicht nur einem von ihnen zuzuschreiben ist, und dass er entsprechend mehrfache Provision zu leisten hat.

Bei zugunsten des Mäklers gestörtem Vertragsgleichgewicht ist dem Gedanken des Schutzes des "schwächeren" Auftraggebers Rechnung zu tragen. Auch hier bleiben jedoch grundsätzlich die konkreten Vertragsabreden massgebend ¹⁹⁵. Entscheidend ist, ob der Auftraggeber in der Lage war, den Wert des Geschäfts und den Anteil des

¹⁹¹ Clausula rebus sic stantibus; vgl. OLG Düsseldorf, vorn Fn 148, wo der Mehrerlös das erwartete Mass um ein Mehrfaches überstieg.

¹⁹² Die Grenze zur Täuschung, OR 28, ist wohl fliessend.

¹⁹³ Vgl. vorn S. 242, Fn 88.

¹⁹⁴ So auch die einhellige Lehre, vgl. vorn S. 239f, Fn 74.

¹⁹⁵ Vgl. vorn S. 257f.

Mäklers am Zustandekommen realistisch einzuschätzen ¹⁹⁶, und ob er seine Vorstellungen in die Lohnverhandlungen einbringen konnte. Der krass unterlegene Auftraggeber, dessen Schwäche vom Makler offensichtlich erkannt und ausgenutzt wird, ist im Ergebnis gleich zu stellen wie der dem Makler in persönlicher Hinsicht (Geschäftsgewandtheit, Verhandlungsgeschick) ebenbürtige Auftraggeber ¹⁹⁷. Hätte auch dieser in Anbetracht der besonderen Umstände (v.a. Marktlage bezüglich des betreffenden Vermittlungsobjekts) einen überdurchschnittlich hohen Preis bezahlen müssen, ist nicht einzusehen, weshalb der "Schwächere" durch Herabsetzung auf den Durchschnittspreis zusätzlich begünstigt werden sollte ¹⁹⁸.

Die Frage objektiver oder subjektiver Wertung stellt sich nicht nur im Erfolgsfall, sondern auch, wenn auf die effektive Arbeitsleistung Bezug zu nehmen ist. Die Massgeblichkeit subjektiver Gesichtspunkte ist offensichtlich. Der Maklerlohn bemisst sich nach dem effektiven Aufwand, gemessen an den Unkosten, d.h. Aufwendungen in Form von Auslagen und Arbeitszeit. "Subjektiv" wäre auch, bei vertraglich festgesetzter Arbeitsleistung, der Vergleich mit der effektiv erbrachten Leistung; dies wäre aber eine Frage der Schlecht- oder Nichterfüllung.

¹⁹⁶ Vgl. zur "Unerfahrenheit in concreto" beim Uebervorteilten bei Oftinger, *laesio*, S. 161ff.

¹⁹⁷ Dabei kann ein - sorgfältig ermittelter - üblicher Durchschnittspreis als Anhaltspunkt beigezogen werden; im Ergebnis nähert sich OR 417 dann OR 21, sofern Teilunverbindlichkeit zugelassen wird; vgl. dazu Oftinger, *laesio*, S. 171.

¹⁹⁸ Angemessen ist dann der "marktübliche überdurchschnittliche" Ansatz.

Lebenslauf

Ich wurde am 22. September 1957 in Wettingen geboren. Nach dem Besuch der Primar- und Bezirksschule in Suhr schloss ich im Frühling 1977 die Kantonsschule Aarau mit der Matur Typus B ab. Nach dem Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Zürich legte ich 1981 und 1982 die Lizentiatsprüfungen ab. Ab Dezember 1982 war ich während zweieinhalb Jahren als Assistent für Prof. Dr. A. Heini tätig. Im Mai 1986 erfolgte die Promotion zum Doktor der Rechtswissenschaft.

